



RESOLUCIÓN SSPD - 20222400479635 DEL 17-05-2022

EXPEDIENTE: 2019240350600001E

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

LA SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

En ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 79 y 81 de la Ley 142 de 1994, la Ley 1437 de 2011, el Decreto 1369 de 2020, y la Resolución SSPD No. 20191000044745 del 22 de octubre de 2019, resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución SSPD No. 20212400405965 del 18 de agosto de 2021, previa exposición de las siguientes consideraciones:

1. ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. A través de los memorandos SSPD No. 20182200136203 del 17 de diciembre de 2018¹ y SSPD No. 20192200084873 del 28 de agosto de 2019², la Dirección Técnica de Gestión de Energía (en adelante “DTGE”) de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante “SSPD”), remitió a la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible (en adelante “DIEG”), un Informe Técnico de Gestión recomendando que, de existir mérito, se iniciara una investigación administrativa sancionatoria contra la **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PUTUMAYO S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT 846.000.241-8 (en adelante “E.E PUTUMAYO” o “LA RECURRENTE”), por el presunto incumplimiento a lo dispuesto en las siguientes normas:

- Ley 142 de 1994³, artículo 88, numeral 1.
- Ley 143 de 1994⁴, artículo 42 y parágrafo 1 del artículo 46.
- Resolución CREG 119 de 2007⁵, artículo 6 y artículo 14⁶.
- Resolución CREG 180 de 2014⁷, artículo 18⁸.

1.2. Mediante el acto administrativo SSPD No. 20192400000236 del 16 de octubre de 2019⁹, notificado por correo electrónico certificado¹⁰ el 17 de octubre de 2019¹¹, la DIEG inició investigación y formuló pliego de cargos a **E.E PUTUMAYO**.

¹ Cfr. **Carpeta pública**: Folios 3 a 24 del cuaderno No. 1 del expediente. **Carpeta reservada**: Folio 25 del cuaderno único del expediente. Cuando en el presente acto administrativo se hace referencia al Expediente, éste corresponde al identificado con el No. 2019240350600001E.

² Cfr. **Carpeta pública**: Folios 26 a 34 del cuaderno No. 1 del expediente.

³ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “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”.

⁵ “Por la cual se aprueba la fórmula tarifaria general que permite a los Comercializadores Minoristas de electricidad establecer los costos de prestación del servicio a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional”.

⁶ Artículo modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG 173 de 2011 “Por la cual se modifica la fórmula tarifaria general que permite a los Comercializadores Minoristas de electricidad establecer los costos de prestación del servicio a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional establecida en la Resolución CREG 119 de 2007”.

⁷ “Por la cual se establecen los criterios generales para determinar la remuneración de la actividad de comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional”.

⁸ Artículo aclarado por el artículo 1 de la Resolución CREG 019 de 2018 “Por la cual se aclara el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014”.

⁹ Cfr. **Carpeta pública**: Folios 35 a 44 del cuaderno No. 1 del expediente.

¹⁰ Notificación electrónica radicada con No. 20192400876431 del 17 de octubre de 2019 (Cfr. **Carpeta pública**: Folio 45 del cuaderno No. 1 del expediente).

¹¹ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 45 a 73 del cuaderno No. 1 del expediente.

M26

1.3. Por medio de la comunicación enviada por correo electrónico el 8 de noviembre de 2019, radicada en la **SSPD** con No. 20195291277832 del 12 de noviembre de 2019¹², **LA RECURRENTE** presentó oportunamente sus descargos¹³.

1.4. Mediante el acto administrativo SSPD No. 20202400059241 del 13 de febrero de 2020¹⁴, la **DIEG** decidió sobre el decreto y práctica de pruebas, ordenando entre otros "(...) **OFICIAR al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** para que en el término de diez (10) días contados a partir del recibo de la comunicación del [referido] acto administrativo"¹⁵ remitiera "(...) las validaciones de las conciliaciones realizadas con **E.E PUTUMAYO**, entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018, en el marco del artículo 8 de la Resolución CREG 186 de 2010 (adicionado por el artículo 1º de la Resolución 241 de 2015), indicado expresamente el valor conciliado en los respectivos trimestres"¹⁶.

1.5. A través de la comunicación SSPD No. 20208100107352 del 2 de marzo de 2020¹⁷ el Ministerio de Minas y Energía (en adelante "**MME**") dio respuesta a la solicitud relacionada en el numeral anterior.

1.6. Por medio del acto administrativo SSPD No. 20202400185111 del 6 de abril de 2020¹⁸, comunicado a **E.E PUTUMAYO** el mismo día¹⁹, la **DIEG** incorporó pruebas, cerró el período probatorio y corrió traslado a **LA RECURRENTE** para presentar sus alegatos de conclusión.

1.7. Mediante la comunicación SSPD No. 20205290447832 del 21 de abril de 2020²⁰, **E.E PUTUMAYO** aportó el "**PLAN DE ACCIÓN PARA LA CORRECCIÓN DE TARIFAS FINALES APLICADAS A LOS USUARIOS FINALES DEL MERCADO DE LA EEP S.A. ESP**"²¹.

1.8. A través de la comunicación enviada por correo electrónico el 22 de abril de 2020, radicada en la **SSPD** con No. 20205290475182 del 25 de abril de 2020²², **LA RECURRENTE** presentó oportunamente sus alegatos de conclusión²³.

1.9. Por medio de las comunicaciones SSPD No. 20205290586732 del 13 de mayo de 2020²⁴, No. 20205291468802 del 23 de julio de 2020²⁵, No. 20205292008442 del 23 de septiembre de 2020²⁶, No. 20205292530842 del 4 de diciembre de 2020²⁷, No. 20215290077112 del 18 de enero de 2021²⁸, No. 20215290477032 del 17 de marzo de 2021²⁹ y No. 20215292146622 del 10 de agosto de 2021³⁰, **E.E PUTUMAYO** allegó nuevas pruebas documentales.

1.10. Mediante la Resolución SSPD No. 20212400405965 del 18 de agosto de 2021³¹ (en adelante la "**Resolución Sancionatoria**"), notificada por correo electrónico certificado el 20 de agosto de 2021³², el Despacho de la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante "el Despacho") declaró probados los incumplimientos endilgados a **LA RECURRENTE**

¹² Cfr. **Carpeta pública**: Folios 100 a 108 del cuaderno No. 1 del expediente. **Carpeta reservada**: Folio 101 del cuaderno único del expediente.

¹³ El término de quince (15) días para presentar descargos vencía el 8 de noviembre de 2019.

¹⁴ Cfr. **Carpeta pública**: Folios 129 a 132 del cuaderno No. 1 del expediente.

¹⁵ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 132 del cuaderno No. 1 del expediente.

¹⁶ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 131 del cuaderno No. 1 del expediente.

¹⁷ Cfr. **Carpeta pública**: Folios 152 a 153 del cuaderno No. 1 del expediente.

¹⁸ Cfr. **Carpeta pública**: Folios 154 a 155 del cuaderno No. 1 del expediente.

¹⁹ Cfr. **Carpeta pública**: Folios 156 a 168 del cuaderno No. 1 del expediente.

²⁰ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 169 del cuaderno No. 1 del expediente. **Carpeta reservada**: Folios 170 a 172 del cuaderno único del expediente.

²¹ Cfr. **Carpeta reservada**: Folios 171 a 172 del cuaderno único del expediente.

²² Cfr. **Carpeta pública**: Folios 200 a 206 del cuaderno No. 1 del expediente.

²³ El término de diez (10) días para presentar alegatos venció el 22 de abril de 2020.

²⁴ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 207 del cuaderno No. 2 del expediente. **Carpeta reservada**: Folio 208 del cuaderno único del expediente.

²⁵ Cfr. **Carpeta reservada**: Folios 209 a 217 del cuaderno único del expediente.

²⁶ Cfr. **Carpeta pública**: Folios 218 a 219 del cuaderno No. 2 del expediente. **Carpeta reservada**: Folios 220 a 221 del cuaderno único del expediente.

²⁷ Cfr. **Carpeta reservada**: Folios 222 a 224 del cuaderno único del expediente.

²⁸ Cfr. **Carpeta pública**: Folios 225 del cuaderno No. 2 del expediente. **Carpeta reservada**: Folios 226 a 227 del cuaderno único del expediente.

²⁹ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 228 del cuaderno No. 2 del expediente. **Carpeta reservada**: Folios 229 a 230 del cuaderno único del expediente.

³⁰ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 231 del cuaderno No. 2 del expediente. **Carpeta reservada**: Folios 232 y 233 del cuaderno único del expediente.

³¹ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 234 a 258 del cuaderno No. 2 del expediente.

³² Cfr. **Carpeta pública**: Folio 260 a 274 del cuaderno No. 2 del expediente.

234

y la sancionó con una multa por valor de mil millones doscientos ochenta y siete mil ciento veintiséis pesos (COP \$1.000.287.126).

1.11. Mediante la comunicación SSPD No. 20215292493452 del 6 de septiembre de 2021³³ (remitida el 3 de septiembre de 2021), **E.E PUTUMAYO** presentó oportunamente recurso de reposición contra la **Resolución Sancionatoria**.

1.12. Por medio de las comunicaciones SSPD No. 20215293129932 del 19 de octubre de 2021³⁴, No. 20215293197712³⁵ y No. 20215293206112³⁶ del 22 de octubre de 2021, **LA RECURRENTE** allegó nuevas pruebas documentales.

1.13. Mediante el acto administrativo SSPD No. 20222401567551 del 6 de abril de 2022³⁷, el Despacho incorporó y decretó pruebas en sede de recurso de reposición.

1.14. Por medio de la comunicación SSPD No. 20225291440742 del 13 de abril de 2022³⁸, **E.E PUTUMAYO** dio respuesta al requerimiento realizado a través del acto administrativo señalado en el numeral anterior.

2. IMPUTACIÓN

Mediante el acto administrativo SSPD No. 20192400000236 del 16 de octubre de 2019, la **DIEG** inició investigación administrativa e imputó los siguientes cargos a **LA RECURRENTE**:

"CARGO PRIMERO: La **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PUTUMAYO S.A. E.S.P.**, presuntamente incumplió lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 88 Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014, modificado por el artículo 1 de la resolución CREG 019 de 2018, por aplicar incorrectamente las tasas de oportunidad de sus costos financieros asociados al giro de los subsidios, para el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018.

CARGO SEGUNDO: La **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PUTUMAYO S.A. E.S.P.**, presuntamente incumplió lo dispuesto en el artículo 42 y el parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 143 de 1994, así como el Anexo 2 de la Resolución CREG 030 de 2018, al liquidar de forma incorrecta el costo promedio ponderado de la energía comprada en bolsa (Pb), durante el periodo comprendido entre mayo y septiembre de 2018.

CARGO TERCERO: La **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PUTUMAYO S.A. E.S.P.**, presuntamente incumplió lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 14 de la Resolución CREG 119 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG 173 de 2011, al calcular incorrectamente el componente de pérdidas durante el periodo comprendido entre mayo y septiembre de 2018.

CARGO CUARTO: La **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PUTUMAYO S.A. E.S.P.**, presuntamente incumplió lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 88 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 143 de 1994, el artículo 8 de la Resolución CREG 186 de 2010 adicionado por el artículo 1 de la resolución CREG 241 de 2015, al realizar una aplicación inadecuada de los porcentajes de subsidios destinados a los estratos 1 y 2, para el periodo comprendido entre noviembre de 2015 hasta septiembre de 2018³⁹.

3. FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN

Mediante la **Resolución Sancionatoria**, el Despacho declaró probados los **cargos primero, segundo, tercero y cuarto** imputados, al encontrar que **E.E PUTUMAYO**:

- (i) Aplicó incorrectamente las tasas utilizadas para liquidar del factor que compensa los Costos Financieros (CFE_{i,j,m}) del Costo Variable de Comercialización (C*_{i,j,m}), durante el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018;

³³ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 329 a 361 del cuaderno No. 2 del expediente.

³⁴ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 362 a 363 del cuaderno No. 2 del expediente.

³⁵ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 365 a 367 del cuaderno No. 2 del expediente.

³⁶ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 368 a 373 del cuaderno No. 2 del expediente.

³⁷ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 377 a 380 del cuaderno No. 2 del expediente.

³⁸ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 385 a 386 del cuaderno No. 2 del expediente.

³⁹ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 44 del cuaderno No. 1 del expediente.

- (ii) Liquidó de forma incorrecta el costo promedio ponderado de la energía comprada en bolsa (Pb), durante el período comprendido entre mayo y septiembre de 2018;
- (iii) Calculó incorrectamente el Componente de Pérdidas (PR_{m,n,i,j}) durante el período comprendido entre mayo y septiembre de 2018; y
- (iv) Aplicó inadecuadamente los porcentajes de subsidios destinados a los estratos 1 y 2, para el período comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

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

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

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

El artículo 2 de la Constitución Política constituye el primer fundamento constitucional implícito de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, al contemplar como fines esenciales del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Ello implica que la Administración debe propender por el mantenimiento de las condiciones que permitan el disfrute de los derechos de las personas, para lo cual deberá utilizar, si es del caso, las facultades sancionatorias inherentes al ejercicio del poder público⁴⁰.

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

Por otra parte, el artículo 370 también constitucional, establece que le corresponde al Presidente de la República fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. En ese orden, por medio de la **SSPD** se ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las empresas que prestan servicios públicos 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

⁴⁰ 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.

*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"*⁴¹.

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 sujetos⁴².

En concordancia, el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 señala que, contra los actos administrativos definitivos, por regla general, procederá el recurso de reposición, para que el funcionario que profirió la decisión la aclare, modifique, adicione o revoque⁴³.

En el presente caso, la **Resolución Sancionatoria** fue proferida por la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en razón a que por medio de la Resolución SSPD No. 20191000044745 del 22 de octubre de 2019, aceptó un impedimento y asignó a su Despacho la competencia para conocer los actos administrativos en cuya fase instructiva o previa hubiera intervenido Diego Alejandro Ossa Urrea en calidad de Director Técnico de Gestión de Energía y deba intervenir como Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible⁴⁴.

Por lo anterior, le corresponde a este Despacho, en el marco de la competencia legal ya estudiada, conocer y resolver el recurso de reposición formulado por **E.E PUTUMAYO** mediante la comunicación con radicado No. 20215292493452 del 6 de septiembre de 2021.

4.2. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LAS INFRACCIONES SANCIONADAS

Conforme a la **Resolución Sancionatoria**, objeto de la presente Resolución, el Despacho encontró probado que la **RECURRENTE** incumplió lo establecido en las siguientes normas:

- **Ley 142 de 1994, artículos 88.1:**

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

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

⁴¹ Consejo de Estado, Sentencia No. 25000-23-24-000-2005-01325-01 de noviembre 26 de 2015.

⁴² Resolución SSPD No. 20211000012995 del 29 de marzo de 2021:

"Artículo 2. Delegar en los Superintendentes Delegados de Acueducto, Alcantarillado y Aseo y de Energía y Gas Combustible dentro de su ámbito sectorial las siguientes funciones: 1) Imponer las siguientes sanciones a los prestadores de servicios públicos domiciliarios que violen las normas a las que deban estar sujetos, según la naturaleza y la gravedad de la falta:

a) Amonestación;

b) Multas (...)."

"Artículo 14. La presente resolución regula integralmente las delegaciones efectuadas por la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial las Resoluciones 0021 del 05 de enero de 2005, 20111300022725 del 12 de septiembre de 2011, 20121300033655 del 25 de octubre de 2012, 20131300030745 del 14 de agosto de 2013, 20131300056925 del 19 de diciembre de 2013, 20151300010005 del 27 de abril de 2015, 20165270010555 del 19 de abril de 2016, 20161300059975 del 20 de octubre de 2016, 20161000065165 del 09 de diciembre de 2016, 201620161300065315 del 12 de diciembre de 2016, 20171300104825 del 29 de junio de 2017, 20171300104725 del 29 de junio de 2017, 20181000130235 del 07 de noviembre de 2018 y 20195000052375 del 22 de noviembre de 2019, 20201000053885 del 23 de noviembre de 2020, 20211000004805 del 19 de febrero de 2021".

⁴³ 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. (...)."

⁴⁴ Diego Alejandro Ossa Urrea intervino al suscribir los Informes Técnicos de Gestión SSPD No. 20182200136203 del 17 de diciembre de 2018 y SSPD No. 20192200084873 del 28 de agosto de 2019, los cuales dieron origen a la presente actuación administrativa.

• **Ley 143 de 1994, artículos 42 y 46:**

“Artículo 42. Las transacciones de electricidad entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquéllas y éstas y entre todas ellas y las empresas dedicadas a la comercialización de electricidad y los usuarios no regulados, son libres y serán remuneradas mediante los precios que acuerden las partes. Se incluyen en este régimen las transacciones que se realicen a través de interconexiones internacionales.

Las ventas de electricidad a usuarios finales regulados serán retribuidas sin excepción, por medio de tarifas sujetas a regulación.

Las compras de electricidad por parte de las empresas distribuidoras de cualquier orden deberán garantizar, mediante contratos de suministro, el servicio a los usuarios atendidos directamente por ellas, por el término que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Tales contratos se celebrarán mediante mecanismos que estimulen la libre competencia y deberán establecer, además de los precios, cantidades, forma, oportunidad y sitio de entrega, las sanciones a que estarán sujetas las partes por irregularidades en la ejecución de los contratos y las compensaciones a que haya lugar por incumplimiento o por no poder atender oportunamente la demanda.

(...)

Artículo 46. La Comisión de Regulación de Energía y Gas tendrá en cuenta los siguientes componentes en la estructura de tarifas:

- a) Una tarifa por unidad de consumo de energía;
- b) Una tarifa por unidad de potencia, utilizada en las horas de máxima demanda;
- c) Un cargo fijo que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad del servicio para el usuario, independientemente del nivel de consumo;
- d) Un cargo de conexión que cubrirá los costos de la conexión cada vez que el usuario se conecte al servicio de electricidad.

Parágrafo 1. Para el cálculo de cada componente se tendrán en cuenta los costos y cargos establecidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas” (Énfasis agregado).

• **Resolución CREG 180 de 2014, artículo 18⁴⁵:**

“Artículo 18. Costos financieros. El factor $CFE_{i,j,m}$ será calculado de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$CFE_{i,j,m} = 0,042\% + CFS_{i,j,m}$$

Donde la variable $CFS_{i,j,m}$ corresponderá a la remuneración por el costo financiero asociado al giro de los subsidios al comercializador deficitario i , en el mercado de comercialización j , en el mes m . Esta variable será estimada mensualmente por el comercializador de conformidad con la siguiente fórmula:

$$CFS_{i,j,m} = \frac{Sub1_{i,j,T} \times [(1 + r_1)^{N+0.63} - 1] - Sub2_{i,j,T} \times [(1 + r_2)^N - 1]}{Facturación_{i,j,T}}$$

Donde:

$CFS_{i,j,m}$: Costo financiero asociado al giro de los subsidios al comercializador deficitario i , en el mercado de comercialización j , aplicable en el mes m . Este factor será igual a cero cuando en la última validación trimestral realizada por el Ministerio de Minas y Energía, el comercializador i , en el mercado de comercialización j , sea superavitario.

T : Últimos cuatro trimestres validados por el Ministerio de Minas y Energía para el comercializador i , en el mercado de comercialización j .

N : Promedio del número de meses transcurridos desde la finalización de los trimestres T hasta el giro de los subsidios para el comercializador deficitario i , en el mercado de comercialización j .

En el caso que para un trimestre T se presente más de un giro se deberá calcular el promedio ponderado del tiempo transcurrido desde la finalización del trimestre hasta los giros empleando el valor de los giros realizados.

En el caso de que un comercializador sea superavitario y se vuelva deficitario el valor de N deberá ser igual a 1,5.

⁴⁵ Aclarado por el artículo 1 de la Resolución CREG 019 de 2018.

r1: Costo de oportunidad mes vencido, calculado como el promedio ponderado de las tasas de interés preferencial o corporativo, de los créditos comerciales, vigentes a partir del segundo mes del último trimestre de T y hasta el mes anterior al mes de giro de subsidios por parte del Ministerio de Minas y Energía. Para la ponderación se emplea el monto colocado.

La fuente de información será la publicada por el Banco de la República de acuerdo con el formato 088 de la Circular externa 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera de Colombia. La tasa efectiva anual publicada deberá mensualizarse para su aplicación utilizando la siguiente expresión:

$$r_{EM} = (1 + r_{EA})^{\frac{1}{12}} - 1$$

Con:

r_{EM} : Tasa efectiva mensual

r_{EA} : Tasa efectiva anual

Sub1i,j,T: Valor absoluto del promedio del déficit de subsidios causados y no pagados una vez finalizado cada trimestre, de acuerdo con las validaciones realizadas por el Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 847 de 2001 o aquel que lo modifique, complemente o sustituya, para el comercializador i, en el mercado de comercialización j, para los trimestres T.

M: Promedio del número de meses de pago anticipado respecto de la finalización de los trimestres T para el comercializador deficitario i, en el mercado de comercialización j.

En el caso que para un trimestre T se presente más de un pago anticipado se deberá calcular el promedio ponderado del tiempo transcurrido desde el pago anticipado hasta finalización del trimestre empleando los valores de los pagos realizados.

r2: Costo de oportunidad mes vencido, calculado como el promedio ponderado de las tasas de los Certificados de Depósito de Ahorro a Término, vigentes a partir del segundo mes del último trimestre de T y hasta el mes anterior al mes de giro de subsidios por parte del Ministerio de Minas y Energía. Para la ponderación se emplea el monto colocado.

La fuente de información será la publicada por el Banco de la República de acuerdo con el Formato 441, Circular 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera de Colombia. La tasa efectiva anual publicada en la columna "Total establecimientos" deberá mensualizarse para su aplicación utilizando la siguiente expresión.

$$r_{EM} = (1 + r_{EA})^{\frac{1}{12}} - 1$$

Con:

r_{EM} : Tasa efectiva mensual

r_{EA} : Tasa efectiva anual

Sub2i,j,T: Valor promedio del déficit de subsidios pagados antes de finalizar cada trimestre, de acuerdo con las validaciones realizadas por el Ministerio de Minas y Energía, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 847 de 2001 o aquel que lo modifique o sustituya, para el comercializador i, en el mercado de comercialización j, para los trimestres T.

Facturacióni,j,T: Corresponde al promedio de facturación por concepto de ventas de energía realizadas por el comercializador i, en el mercado de comercialización j, en los trimestres T. Esta facturación debe coincidir con lo reportado al Sistema Unificado de Información, SUI, para usuarios regulados en los formatos 2 y 3 de la Resolución SSPD 20102400008055 o aquella que la modifique, complemente o sustituya" (Énfasis agregado).

• Resolución CREG 030 de 2018, anexo 2:

"Anexo 2. Costo máximo transitorio de traslado de compras de energía de GD y AGP: Transitoriamente, mientras se adoptan las disposiciones definitivas sobre traslado de las compras de energía en la tarifa del usuario final en el componente G del CU, el componente $G_{m,i,j}$ de la fórmula tarifaria establecida en el artículo 6 de la Resolución CREG 119 de 2007, se calculará de la siguiente manera:

$$G_{m,i,j} = Q_{c_{m-1,i}} * (\alpha_{i,j} * P_{c_{m-1,i}} + (1 - \alpha_{i,j}) * M_{c_{m-1}}) + (1 - Q_{c_{m-1,i}} - Q_{agd_{m-1,i}}) * P_{b_{m-1,i}} + A_{J_{m,i}} + G_{transitorio_{m,i,j}}$$

Donde,

$$Q_{C_{m-1,i}} = \min \left[1, \frac{C_{C_{m-1,i}}}{DCR_{i,m-1}} \right]$$

$$P_{b_{m-1,i}} = \frac{\sum_{h=1}^N (P_{h,m-1} \times D_{i,h,m-1})}{\sum_{h=1}^N D_{i,h,m-1}}$$

y,

M	: Mes para el cual se calcula el Costo Unitario de Prestación del Servicio.
I	: Comercializador Minorista i.
J	: Mercado de Comercialización j.
DCR_{i,m-1}	: Demanda Comercial Regulada del Comercializador Minorista i en el mes m-1.
QC_{m-1,i}	: Es el menor valor entre 1 y el resultante de la relación energía comprada por el Comercializador Minorista i mediante contratos bilaterales con destino al mercado regulado y la Demanda Comercial del mercado regulado del Comercializador Minorista, en el mes m-1.
CC_{m-1,i}	: Energía comprada mediante contratos bilaterales por el Comercializador Minorista i con destino al mercado regulado en el mes m-1.
PC_{m-1,i}	: Costo Promedio ponderado por energía, expresado en \$/kWh, de las compras propias del Comercializador Minorista i mediante contratos bilaterales con destino al mercado regulado, liquidados en el mes m-1.
MC_{m-1}	: Costo Promedio ponderado por energía, expresado en \$/kWh, de todos los contratos bilaterales liquidados en el Mercado de Energía Mayorista en el mes m-1 con destino al mercado regulado.
α_{i,j}	: Valor de α del Comercializador Minorista i en el Mercado de Comercialización j para el mes de enero de 2007, calculado conforme la metodología de la Resolución CREG 031 de 1997.
P_{b_{m-1,i}}	: Precio de la energía comprada en Bolsa por el Comercializador Minorista i, en el mes m-1, expresado en \$/kWh, cuando las cantidades adquiridas en las subastas del MOR y en contratos bilaterales no cubran la totalidad de la demanda regulada.
A_{J,m,i}	: Factor de ajuste que se aplica al costo máximo de compra de energía, expresado en \$/kWh, del Comercializador i para el mes m, calculado conforme al Anexo 1 de la presente resolución.
Qagd_{m-1,i}	: Suma de compras de AGPE y GD del comercializador i en el mes m-1.
P_{h,m-1}	: Precio de Bolsa en la hora h (\$/kWh), del mes m-1.
D_{i,h,m-1}	: Compras en Bolsa del Comercializador Minorista i (kWh) en la hora h, del mes m-1.
N	: Número de horas del mes m -1.
G_{transitorio_m}_{.ij}	: Costo de compra de energía a AGPE y GD por parte del comercializador i en el mes m, para el mercado de comercialización j.

Parágrafo 1. Hasta tanto la Comisión no expida la resolución que establezca las pérdidas no técnicas que se asignarán a cada Comercializador Minorista, la Demanda Comercial Regulada para cada Comercializador Minorista se seguirá estableciendo conforme los procedimientos actuales.

Parágrafo 2. En el caso que para el mes de cálculo la demanda contratada mediante contratos bilaterales por un Comercializador Minorista para atender al Mercado Regulado sea mayor que la Demanda Comercial Regulada, el valor de PC_{m-1,i} se determinará como el promedio ponderado del precio de cada uno de los contratos bilaterales por la cantidad contratada, multiplicado por un factor equivalente al cociente entre la Demanda Comercial Regulada y la demanda contratada mediante contratos bilaterales" (Énfasis agregado).

• **Resolución CREG 119 de 2007, artículo 14⁴⁶:**

"Artículo 14. Costos de pérdidas de energía, transporte y reducción de las mismas, (PR_{m,n,i,j}): Los costos de gestión de pérdidas de energía trasladables al usuario final, expresados en \$/kWh, se determinarán de conformidad con la siguiente expresión, que incluye: i) el costo de las pérdidas eficientes de energía; ii) los costos del transporte de las pérdidas eficientes de energía; y iii) los costos del Programa de Reducción de Pérdidas No Técnicas de energía, respectivamente.

$$PR_{m,n,i,j} = \left(\frac{G_{m,j} * (IPR_{n,m,j} + IPRSTN_{m-1})}{1 - (IPR_{n,m,j} + IPRSTN_{m-1})} + \frac{T_m * IPR_{n,m,j}}{1 - IPR_{n,m,j}} + CPROG_{j,m} \right)$$

Donde:

⁴⁶ Modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG 173 de 2011.

$G_{m,i,j}$: Costos de compra de energía (\$/kWh) del Comercializador Minorista i , en el Mercado de Comercialización j , para el mes m determinados conforme se establece en el Capítulo III de la presente Resolución.

$IPRSTN_{m-1}$: Fracción que corresponde a las pérdidas de energía por uso del Sistema de Transmisión Nacional asignadas por el ASIC durante el mes $m-1$, conforme a la metodología vigente.

$IPR_{n,m,j}$: Fracción de las pérdidas de energía eficientes reconocidas por la CREG, para el Mercado de Comercialización j , en el mes m , acumulados hasta el nivel de tensión n del Sistema de Distribución respectivo.

Es igual a la variable $PR_{n,j}$ de que trata el Capítulo 12 de la Resolución CREG 097 de 2008 (con $n=1,2,3,4$). La variable $PR_{1,j}$ se calcula para cada mes m considerando el valor de $P_{j,1}$ resultante de la aplicación de la Resolución CREG 172 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya.

T^m : Cargos por uso del Sistema Nacional de Transmisión (\$/kWh) para el mes m determinados conforme al Artículo 9 de la presente Resolución.

$CPROG_{j,m}$: Cargo en \$/kWh por concepto del Plan de Pérdidas, del Mercado de Comercialización j , en el mes m .

Parágrafo 1. El Programa de Reducción de Pérdidas No Técnicas y sus costos serán definidos por la Comisión en resolución aparte. Hasta tanto estos sean determinados, se aplicarán las siguientes reglas:

Parágrafo 1. El Programa de Reducción de Pérdidas No Técnicas y sus costos serán definidos por la Comisión en resolución aparte. Hasta tanto estos sean determinados, se aplicarán las siguientes reglas:

i) El término $CPROG_{j,m}$ será igual a cero; y

ii) El factor $IPR_{n,m,j} + IPRSTN_{m-1}$ corresponderá a los niveles de pérdidas vigentes a la aprobación de la presente resolución para cada nivel de tensión.

Parágrafo 2. Una vez inicie el Programa de Reducción de Pérdidas No Técnicas, el factor $IPR_{n,m,j}$ corresponderá al aprobado por la CREG para cada nivel de tensión en desarrollo de Programa de Reducción de Pérdidas No Técnicas de Energía que presente el Operador de Red del Mercado de Comercialización correspondiente" (Énfasis agregado).

- **Resolución CREG 186 de 2010, artículo 8⁴⁷:**

"Artículo 8. Verificación mensual del límite máximo de subsidios. Una vez se ajuste la tarifa conforme a lo definido en el artículo anterior, se comprobará que el porcentaje de subsidio de la tarifa en relación con el costo de prestación del servicio, sea menor o igual al límite máximo de subsidios para cada estrato, en cuyo caso, la tarifa aplicable será la calculada conforme con el artículo 7° de la presente resolución.

En el caso que las tarifas impliquen el otorgamiento de subsidios por encima del 60% en el estrato 1 y 50% en el estrato 2, la tarifa a aplicar a los usuarios de los estratos 1 y 2 de los servicios públicos de energía eléctrica y de gas combustible por red de tubería será la resultante de ajustar el costo de prestación de servicio del mes de cálculo a estos valores de la siguiente manera:

$$\text{Estrato 1: } Tarifa_{mc,1}^{(0-CS)} = C_{mc} \times (1 - 60\%)$$

$$\text{Estrato 2: } Tarifa_{mc,2}^{(0-CS)} = C_{mc} \times (1 - 50\%)$$

(...)"

⁴⁷ Adicionado por el artículo 1 de la resolución CREG 241 de 2015.

4.3. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN SANCIONATORIA

4.3.1. En relación con el **primer cargo** por el cual fue sancionada **E.E PUTUMAYO**, el Despacho argumentó, entre otros aspectos, los siguientes:

“3.3.3. Circunstancias de hecho

ij) En el marco de lo dispuesto por el artículo 18 de la Resolución CREG 119 de 2007⁴⁸, E.E PUTUMAYO presentó ante la SSPD las tarifas que aplicó a sus usuarios durante el período comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018, como consta en las comunicaciones que se relacionan a continuación:

Tabla No. 1 - Comunicaciones por medio de las cuales E.E PUTUMAYO informó a la SSPD sobre las tarifas aplicadas durante el período comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018

RADICADO SSPD	ASUNTO	AÑO
20165290321162	Tarifas noviembre de 2015 a abril de 2016	2015/2016
20165290403712	Tarifas mayo	2016
20165290409452	Tarifas junio	2016
20165290468712	Tarifas julio	2016
20165290468712	Tarifa agosto	2016
20165290591832	Ajuste en facturación noviembre y diciembre de 2015 y enero a junio de 2016	2016
20165290549002	Tarifa septiembre	2016
20165290666132	Tarifa octubre	2016
20165290784922	Tarifa noviembre	2016
20165290849902	Tarifa diciembre	2016
20165290865932	Tarifas enero	2017
20175290092112	Tarifas febrero	2017
20175290190722	Tarifas marzo	2017
20175290316312	Tarifas abril	2017
20175290500142	Tarifas mayo	2017
20175290465362	Tarifas junio	2017
20175290620972	Tarifas julio	2017
20175290685512	Tarifa agosto	2017
20175290826802	Tarifa septiembre	2017
20175290899122	Tarifa octubre	2017
20175291063252	Tarifa noviembre	2017
20175291124222	Tarifa diciembre	2017
20185290082562	Tarifas enero	2018
20185290221512	Tarifas febrero	2018
20185290329872	Tarifas marzo	2018
20185290566342	Tarifas abril	2018
20185290566342	Tarifas mayo	2018
20185290587942		
20185290734222	Tarifas junio	2018
20185290881362	Tarifas julio	2018
20185290932442	Tarifa agosto	2018
20185291248022	Tarifa septiembre	2018

Fuente: Memorando SSPD No. 20182200136203 del 17 de diciembre de 2018⁴⁹ - Elaboración: SSPD

ii) Posteriormente, mediante comunicación SSPD No. 20175290230612 del 5 de abril de 2017⁵⁰, la INVESTIGADA presentó ante la SSPD un informe en el cual expuso la información base que utilizó para calcular el Componente de Comercialización ($CV_{m,i,j}$) del año 2016⁵¹.

En dicho informe se presentaron, particularmente, los porcentajes aplicados de las variables r_1 y r_2 , así:

Tabla No. 2 - Variables r_1 y r_2 del año 2016, reportadas por E.E PUTUMAYO

Mes	R_{1_ESP}	R_{2_ESP}
Enero	8,812 %	1,405%
Febrero	9,129 %	1,854%
Marzo	9,243 %	1,906%
Abril	10,740%	1,824%
Mayo	10,684%	1,879%
Junio	10,890%	1,958%
Julio	11,508%	2,081%

⁴⁸ “Artículo 18. Publicación: El Comercializador Minorista publicará en un periódico de amplia circulación, en los municipios donde preste el servicio, o en uno de amplia circulación nacional, en forma simple y comprensible las tarifas que aplicará a sus usuarios. Tal deber lo cumplirá antes de aplicar las tarifas o cada vez que reajuste las mismas. **Los nuevos valores deberá comunicarlos a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas.** Dicha publicación incluirá los valores de cada uno de los componentes de la Fórmula Tarifaria General (...)” (Énfasis agregado).

⁴⁹ Cfr. **Carpeta pública**: Folios 4 revés y 5 del cuaderno No. 1 del expediente.

⁵⁰ Cfr. **Carpeta reservada**: Folio 25 del cuaderno único del expediente.

⁵¹ Lo anterior, en el marco de lo dispuesto en la Circular CREG 019 de 2017 y el artículo 24 de la Resolución CREG 180 de 2014.

Mes	R_1_{ESP}	R_2_{ESP}
Agosto	11,626%	2,094%
Septiembre	11,757%	2,043%
Octubre	12,157%	2,183%
Noviembre	12,074%	1,770%
Diciembre	12,055%	1,787%

Fuente: Comunicación SSPD No. 20175290230612 del 5 de abril de 2017⁵² - **Elaboración:** SSPD

iii) Adicionalmente, mediante las siguientes comunicaciones, la **INVESTIGADA** entregó a la **SSPD** información relacionada con las variables asociadas al cálculo de las tarifas publicadas:

Tabla No. 3 - Relación de las solicitudes de información elevadas por la DTGE y las respuestas allegadas por E.E PUTUMAYO

REQUERIMIENTO DE LA SSPD	ASUNTO	RESPUESTA DE LA INVESTIGADA
20172200038181 del 8 de febrero de 2017	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de enero de 2017.	20175290080622 del 13 de febrero de 2017
20172200093671 del 27 de febrero de 2017	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de febrero de 2017.	20175290137602 del 7 de marzo de 2017
20172200173001 del 15 de marzo de 2017	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de marzo de 2017.	20175290199272 del 27 de marzo de 2017
20172200302641 del 24 de abril de 2017	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de abril de 2017.	20175290336332 del 10 de mayo de 2017
20172200516521 del 22 de mayo de 2017	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de mayo de 2017.	20175290400952 del 31 de mayo de 2017
20172200841041 del 30 de junio de 2017	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de junio de 2017.	20175290629672 del 9 de agosto de 2017
20172200997061 del 27 de julio de 2017	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de julio de 2017. Ajuste de la información de las variables r_1 y r_2 correspondientes a los costos de oportunidad reconocidos por E.E PUTUMAYO .	20175290632352 del 10 de agosto de 2017
20172201289171 del 14 de septiembre de 2017	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para los meses de agosto y septiembre de 2017.	20175290940202 del 7 de noviembre de 2017
	Información sobre el mes y año en que se inició la aplicación de la Resolución CREG 118 de 2015 ⁵³ .	20175291033952 del 1 de diciembre de 2017
	Exposición detallada del cálculo de la variable $CFS_{i,j,m}$, correspondiente a la remuneración por el tiempo requerido para el giro de los subsidios ⁵⁴ .	
20182200028771 del 24 de enero de 2018	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para los meses de diciembre de 2017 y enero de 2018.	20185290106262 del 9 de febrero de 2018
20182200248321 del 28 de febrero de 2018	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de febrero de 2018.	20185290187122 del 2 de marzo de 2018 ⁵⁵
20182200373911 del 26 de marzo de 2018	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para los meses de febrero y marzo de 2018.	20185290331002 del 16 de abril de 2018 ⁵⁶
20182200587391 del 27 de abril de 2018	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de abril de 2018.	20185290440382 del 11 de mayo de 2018
		20185290440982 del 11 de mayo de 2018
		20185290458942 del 16 de mayo de 2018
20182200817481 del 31 de mayo de 2018	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de mayo de 2018. Se puso de presente la existencia de presuntas inconsistencias en los cálculos obtenidos para determinar el Componente de Comercialización ($CV_{m,i}$) de la tarifa de E.E PUTUMAYO .	20185290678842 del 3 de julio de 2018
20182201012621 del 29 de junio de 2018	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de junio de 2018.	20185290728042 del 12 de julio de 2018
20182201122281 del 31 de julio de 2018	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para el mes de julio de 2018.	20185290924662 del 24 de agosto de 2018
	Se puso de presente la existencia de presuntas inconsistencias en los cálculos obtenidos para determinar el Componente de Generación ($G_{m,i}$) de la tarifa de E.E PUTUMAYO .	Sin respuesta
20182201527021 del 23 de noviembre de 2018	Información correspondiente a las variables asociadas al cálculo de tarifas publicadas para los meses de octubre y noviembre de 2018.	Sin respuesta

⁵² Cfr. **Carpeta reservada**: Folio 25 del cuaderno único del expediente.

⁵³ En el marco de la metodología del cálculo del componente de comercialización establecido en la Resolución CREG 180 de 2014.

⁵⁴ En los casos en que el comercializador es deficitario.

⁵⁵ En lo que hace a este radicado, debe advertirse que el mismo no se constituye como una respuesta al oficio SSPD No. 20182200248321 del 28 de febrero de 2018, en la medida en que no da trámite a dicha solicitud.

⁵⁶ Sobre este radicado se precisa que la respuesta allegada por **E.E PUTUMAYO** fue incompleta.

REQUERIMIENTO DE LA SSPD	ASUNTO	RESPUESTA DE LA INVESTIGADA
	Reiteración de aclaración respecto a la existencia de presuntas inconsistencias en los cálculos obtenidos para determinar el Componente de Comercialización ($CV_{m,i,j}$) de la tarifa de E.E PUTUMAYO .	
	Reiteración de aclaración respecto a la existencia de presuntas inconsistencias en los cálculos obtenidos para determinar el Componente de Generación ($G_{m,i,j}$) de la tarifa de E.E PUTUMAYO .	

Elaboración: SSPD

iv) A través de la comunicación SSPD No. 20192200141871 del 8 de marzo de 2019⁵⁷, la **DTGE** solicitó al **MME** información actualizada de los subsidios y contribuciones reconocidos por la **INVESTIGADA** para el período comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018.

v) A través del radicado SSPD No. 20195290434802 del 2 de junio de 2019⁵⁸, el **MME** dio respuesta al requerimiento relacionado en el numeral anterior.

vi) Finalmente, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, la **DTGE** consultó la información publicada por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (en adelante "**ASIC**") en el archivo AFAC, en el cual se "(...) [m]uestra para cada uno de los agentes, todos los conceptos de la liquidación del Mercado Colombiano, con los cuales se pueden consolidar las Compras y Ventas Totales del Agente para un proceso de liquidación o ajuste mensual"⁵⁹ y verificó la liquidación de cuentas comerciales mensuales de **E.E PUTUMAYO**, realizando una comparación entre la tarifa aplicada y la que debió aplicarse, y cuyo resultado se presenta más adelante.

3.3.4. Análisis del cargo imputado

Mediante la Resolución CREG 180 de 2014, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante "**CREG**") adoptó la metodología de remuneración para la actividad de comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados, disponiendo que los Costos de Comercialización⁶⁰ deben incluir un Costo Base de Comercialización (C_{ij}) y un Margen de Comercialización ($CV_{m,i,j}$).

En ese orden, igualmente estableció que para calcular el Margen de Comercialización ($CV_{m,i,j}$), debía determinarse, entre otras, el Costo Variable de la actividad de comercialización ($C^*_{i,j,m}$) que, a su vez, para su cálculo, requiere obtener el valor de los Costos Financieros ($CFE_{i,j,m}$).

De acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas descritas y el material probatorio que obra en el expediente, observa este Despacho que la **INVESTIGADA** incumplió el régimen tarifario que le resulta aplicable, ya que calculó el factor que compensa los Costos Financieros ($CFE_{i,j,m}$) del Costo Variable de Comercialización ($C^*_{i,j,m}$), sin atender los parámetros establecidos para reconocer las Tasas de Interés Preferencial o Corporativo de los créditos comerciales, ni las Tasas de los Certificados de Depósito de Ahorro a Término, correspondientes a las variables " r_1 " y " r_2 " de la fórmula contemplada en el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014.

Para este Despacho no existe duda de que, un error en cualquiera de las variables anteriormente citadas (" r_1 " y " r_2 ") implica (i) la indebida liquidación de los Costos de Comercialización, (ii) la incorrecta aplicación del Costo Unitario de Prestación del Servicio (en adelante "**CU**"), y (iii) una escisión entre la tarifa efectivamente cobrada a los usuarios y la que debió ser recaudada por el prestador, lo cual se expone con mayor detalle en la gráfica No. 1, a continuación:

Gráfica No. 1 - Incidencia de las variables r_1 y r_2 en el **CU**

Resolución CREG 180 de 2014, artículo 5: "Metodología para el cálculo de los costos de comercialización. El costo base de comercialización y el margen de comercialización de que trata la fórmula tarifaria general establecida en la Resolución CREG 119 de 2007 o aquellas que la modifiquen, complementen o sustituyan, se determinarán conforme a lo señalado en esta resolución" (Énfasis agregado).



Resolución CREG 180 de 2014, artículo 12: "El Costo Variable de Comercialización, [que hace parte de los factores tomados en cuenta para para determinar el Margen de comercialización] se determinará con base en la siguiente expresión:

$$C^*_{i,j,m} = (G_{i,j,m-1} + T_{m-1} + D_{1,j,m-1} + PR_{1,j,m-1} + R_{i,m-1}) \times (m_0 + RC_{i,j,m} + CFE_{i,j,m})$$

(...) (Énfasis agregado).

⁵⁷ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 32 del cuaderno No. 1 del expediente.

⁵⁸ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 33 del cuaderno No. 1 del expediente.

⁵⁹ Cfr. XM. Estructura de los Archivos Soporte para liquidar Uso del Respaldo Autogeneradores. Resolución CREG 024 de 2015, agosto de 2015, pág. 4

⁶⁰ A los que hace alusión la fórmula del **CU** adoptada mediante el artículo 4 de la Resolución CREG 119 de 2007.

↓

Resolución CREG 180 de 2014, artículo 18: "El factor $CFE_{i,j,m}$ será calculado de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$CFE_{i,j,m} = 0,042\% + CFS_{i,j,m}$$

(...)" (Énfasis agregado).

↓

Resolución CREG 180 de 2014, artículo 18: "(...) La variable $CFS_{i,j,m}$ corresponderá a la remuneración por el tiempo requerido para el giro de los subsidios cuando el comercializador es deficitario. Esta variable será estimada mensualmente por el comercializador de conformidad con la siguiente fórmula:

$$CFS_{i,j,m} = \frac{Sub1_{i,j,T} \times [(1 + r_1)^{N+0.63} - 1] + Sub2_{i,j,T} \times [(1 + r_2)^N - 1]}{Facturación_{i,j,T}}$$

(...)" (Énfasis agregado).

↓

"r1: Costo de oportunidad mes vencido, calculado como el promedio ponderado de las tasas de interés preferencial o corporativo, de los créditos comerciales, vigentes a partir del segundo mes del último trimestre de T y hasta el mes anterior al mes de giro de subsidios por parte del Ministerio de Minas y Energía. Para la ponderación se emplea el monto colocado. La fuente de información será la publicada por el Banco de la República de acuerdo con el formato 088 de la Circular externa 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera de Colombia. La tasa efectiva anual publicada deberá mensualizarse para su aplicación (...)."

"r2: Costo de oportunidad mes vencido, calculado como el promedio ponderado de las tasas de los Certificados de Depósito de Ahorro a Término, vigentes a partir del segundo mes del último trimestre de T y hasta el mes anterior al mes de giro de subsidios por parte del Ministerio de Minas y Energía. Para la ponderación se emplea el monto colocado. La fuente de información será la publicada por el Banco de la República de acuerdo con el Formato 441, Circular 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera de Colombia. La tasa efectiva anual publicada en la columna "Total establecimientos" deberá mensualizarse para su aplicación (...)."

Fuente: Resolución CREG 180 de 2014 – **Elaboración:** SSPD

Entonces, ya que el esquema normativo que rige esta materia determina de forma pormenorizada cómo deben calcularse las variables que conforman las fórmulas adoptadas para determinar los Costos de Comercialización, apartarse de dichas disposiciones implica un incumplimiento grave a la metodología tarifaria que rige la prestación del servicio de energía eléctrica.

En el presente caso, el análisis del documento denominado "Cálculo del costo unitario de servicio monomía sencilla" radicado en la SSPD con No. 20175290632352 del 10 de agosto de 2017⁶¹, donde E.E PUTUMAYO expuso el procedimiento adoptado para descargar las tasas de colocación y captación publicadas por el Banco de la República y calcular las variables r_1 y r_2 del factor que compensa los Costos Financieros ($CFS_{i,j,m}$), permitió evidenciar que durante el período comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018, la INVESTIGADA tomó como fuente de sus cálculos las tasas efectivas anuales publicadas por el Banco de la República sin llevar a cabo el proceso de mensualización.

Entonces, ante la ausencia del proceso de mensualización de las señaladas tasas de colocación y captación, el Despacho realizó la conversión de intereses, pasando de efectivo anual a mensual, evidenciándose las siguientes diferencias entre los cálculos de la SSPD y los realizados por la INVESTIGADA:

Tabla No. 4 - Relación del resultado del cálculo de las variables r_1 y r_2 (SSPD vs. la INVESTIGADA)

Año	Mes	r_1 ESP	r_2 ESP	r_1 SSPD	r_2 SSPD
2015	Noviembre	7,793%	1,395%	0,6273%	0,1155%
	Diciembre	7,862%	1,402%	0,6327%	0,1161%
2016	Enero	8,812%	1,405%	0,7063%	0,1163%
	Febrero	9,129%	1,854%	0,7306%	0,1532%
	Marzo	9,243%	1,906%	0,7394%	0,1575%
	Abril	10,740%	1,824%	0,8538%	0,1508%
	Mayo	10,684%	1,879%	0,8495%	0,1553%
	Junio	10,890%	1,958%	0,8651%	0,1617%
	Julio	11,508%	2,081%	0,9118%	0,1718%
	Agosto	11,626%	2,094%	0,9207%	0,1728%

⁶¹ Cfr. Carpeta reservada: Folio 25 del cuaderno único del expediente.

Año	Mes	r ₁ ESP	r ₂ ESP	r ₁ SSPD	r ₂ SSPD
	Septiembre	11,757%	2,043%	0,9306%	0,1687%
	Octubre	11,757%	2,043%	0,9306%	0,1687%
	Noviembre	11,757%	2,043%	0,9306%	0,1687%
	Diciembre	11,757%	2,043%	0,9306%	0,1687%
2017	Enero	11,76%	2,04%	0,9306%	0,1687%
	Febrero	11,76%	2,04%	0,9306%	0,1687%
	Marzo	11,757%	2,043%	0,9306%	0,1687%
	Abril	11,757%	2,043%	0,9306%	0,1687%
	Mayo	11,105%	1,859%	0,8814%	0,1536%
	Junio	11,630%	2,317%	0,9210%	0,1911%
	Julio	11,630%	2,317%	0,9210%	0,1911%
	Agosto	11,630%	2,317%	0,9210%	0,1911%
	Septiembre	11,630%	2,317%	0,9210%	0,1911%
	Octubre	7,862%	1,402%	0,6327%	0,1161%
	Noviembre	7,862%	1,402%	0,6327%	0,1161%
	Diciembre	7,862%	1,402%	0,6327%	0,1161%
2018	Enero	8,731%	8,731%	0,7000%	0,7000%
	Febrero	8,666%	8,666%	0,6950%	0,6950%
	Marzo	8,569%	8,666%	0,6875%	0,6950%
	Abril	8,464%	2,087%	0,6794%	0,1722%
	Mayo	6,550%	2,640%	0,5301%	0,2174%
	Junio	6,550%	2,640%	0,5301%	0,2174%
	Julio	6,550%	2,640%	0,5301%	0,2174%
	Agosto	2,110%	0,980%	0,1742%	0,0813%
Septiembre	1,680%	0,980%	0,1389%	0,0813%	

Fuente: Comunicaciones SSPD No. 20185290458942 del 16 de mayo de 2018, No. 20185290678842 del 3 de julio de 2018, No. 20185290728042 del 12 de julio de 2018, No. 20185290924662 del 24 de agosto de 2018, No. 20185291047282 del 17 de septiembre de 2018⁶² y en el Memorando SSPD No. 20182200136203 del 17 de diciembre de 2018⁶³ - **Elaboración:** SSPD

Posteriormente, y considerando los resultados obtenidos, se recalculó el Margen de Comercialización ($Cv_{m,i,j}$), para el periodo analizado (noviembre de 2015 a septiembre de 2018), lo cual arrojó los siguientes resultados:

Tabla No. 5 - Diferencia Cv publicado vs. Cv Calculado por la SSPD

Año	Mes	Cv Publicado (ESP) (\$/Kwh) A	Cv Calculado (SSPD) (\$/Kwh) B	Diferencia (\$/Kwh) C(A-B)
2015	Noviembre	55,16	52,84	2,32
	Diciembre	53,73	51,30	2,43
2016	Enero	54,49	53,86	0,63
	Febrero	55,88	54,84	1,04
	Marzo	58,04	56,77	1,27
	Abril	61,91	59,48	2,42
	Mayo	65,69	63,35	2,35
	Junio	63,85	60,99	2,86
	Julio	67,12	63,67	3,45
	Agosto	66,00	62,79	3,210
	Septiembre	67,21	63,58	3,631
	Octubre	64,52	58,72	5,803
	Noviembre	64,77	59,10	5,678
	Diciembre	67,85	62,06	5,793
2017	Enero	65,448	59,57	5,879
	Febrero	65,424	59,75	5,678
	Marzo	63,729	64,59	-0,866
	Abril	67,651	59,31	8,339
	Mayo	72,628	68,35	4,274
	Junio	74,153	93,57	-19,415
	Julio	75,788	66,74	9,051
	Agosto	75,612	65,82	9,795
	Septiembre	74,667	64,95	9,716
	Octubre	62,236	62,22	0,015
	Noviembre	62,631	62,62	0,007
	Diciembre	64,091	63,71	0,379
2018	Enero	65,448	59,57	5,879
	Febrero	65,420	59,49	5,927
	Marzo	63,729	64,59	-0,862
	Abril	71,716	65,30	6,412
	Mayo	69,543	65,39	4,150
	Junio	71,876	67,70	4,175
	Julio	69,020	65,24	3,777

⁶² Cfr. **Carpeta reservada:** Folio 25 del cuaderno único del expediente.

⁶³ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 18 del cuaderno No. 1 del expediente.

Año	Mes	Cv Publicado (SSP) (\$/Kwh) A	Cv Calculado (SSPD) (\$/Kwh) B	Diferencia (\$/Kwh) C(A-B)
	Agosto	69,866	68,63	1,231
	Septiembre	73,709	68,41	5,295

Fuente: Comunicaciones SSPD No. 20185290458942 del 16 de mayo de 2018, No. 20185290678842 del 3 de julio de 2018, No. 20185290728042 del 12 de julio de 2018, No. 20185290924662 del 24 de agosto de 2018, No. 20185291047282 del 17 de septiembre de 2018⁶⁴ y en el Memorando SSPD No. 20182200136203 del 17 de diciembre de 2018⁶⁵ - **Elaboración:** SSPD

Luego de obtener los nuevos valores del Margen de Comercialización ($Cv_{m,i}$) se concluyó, a partir de las diferencias positivas y negativas halladas, que, **E.E PUTUMAYO** liquidó incorrectamente dicho componente. Con ello afectó el **CU** cobrado a sus usuarios.

Con base en ello se calculó el impacto económico de dicha conducta mediante el producto de la diferencia encontrada en el Margen de Comercialización ($Cv_{m,i}$) y el consumo de los usuarios regulados asociado a los meses analizados⁶⁶, tal como se expone a continuación:

Tabla No. 6 - Diferencia monetaria

Año	Mes	Cv Publicado (SSP) (\$/Kwh) A	Cv Calculado (SSPD) (\$/Kwh) B	Diferencia (\$/Kwh) C(A-B)	Consumo (Kwh) D	Diferencia (\$/Kwh) *Consumo (Kwh) = E E(C*D)
2015	Noviembre	55,16	52,84	2,32	4.042.329	9.373.912
	Diciembre	53,73	51,30	2,43	4.009.643	9.759.778
2016	Enero	54,49	53,86	0,63	4.181.886	2.642.265
	Febrero	55,88	54,84	1,04	2.571.619	2.662.099
	Marzo	58,04	56,77	1,27	3.680.790	4.679.493
	Abril	61,91	59,48	2,42	3.971.154	9.629.199
	Mayo	65,69	63,35	2,35	2.399.051	5.626.732
	Junio	63,85	60,99	2,86	3.786.925	10.839.966
	Julio	67,12	63,67	3,45	2.376.518	8.195.320
	Agosto	66,00	62,79	3,210	27.078	86.927
	Septiembre	67,21	63,58	3,631	2.671.545	9.700.517
	Octubre	64,52	58,72	5,803	2.618.611	15.196.668
	Noviembre	64,77	59,10	5,678	4.191.524	23.798.090
	Diciembre	67,85	62,06	5,793	3.817.134	22.111.994
2017	Enero	65,448	59,57	5,879	3.890.680	22.874.304
	Febrero	65,424	59,75	5,678	4.022.332	22.838.545
	Marzo	63,729	64,59	-0,866	3.791.514	-3.281.850
	Abril	67,651	59,31	8,339	2.388.838	19.921.391
	Mayo	72,628	68,35	4,274	3.679.979	15.727.487
	Junio	74,153	93,57	-19,415	3.793.162	-73.645.234
	Julio	75,788	66,74	9,051	3.711.319	33.590.262
	Agosto	75,612	65,82	9,795	4.040.835	39.580.987
	Septiembre	74,667	64,95	9,716	4.130.264	40.129.463
	Octubre	62,236	62,22	0,015	4.126.236	62.573
	Noviembre	62,631	62,62	0,007	4.284.949	28.638
	Diciembre	64,091	63,71	0,379	4.208.435	1.593.306
2018	Enero	65,448	59,57	5,879	4.104.415	24.131.635
	Febrero	65,420	59,49	5,927	4.334.196	25.687.771
	Marzo	63,729	64,59	-0,862	4.476.625	-3.856.612
	Abril	71,716	65,30	6,412	4.163.093	26.695.035
	Mayo	69,543	65,39	4,150	4.360.931	18.096.699
	Junio	71,876	67,70	4,175	4.143.996	17.303.188
	Julio	69,020	65,24	3,777	4.227.275	15.964.838
	Agosto	69,866	68,63	1,231	4.178.334	5.144.561
Septiembre	73,709	68,41	5,295	4.322.776	22.889.374	
TOTAL						\$ 405.779.319

Fuente: SSPD

El ejercicio descrito, permite a este Despacho concluir que la omisión de mensualizar las tasas de interés utilizadas para el cálculo de factor que compensa los Costos Financieros ($CFS_{i,j,m}$), implicó un incumplimiento grave a la metodología tarifaria y le reportó a la **INVESTIGADA** ingresos adicionales por concepto del Margen de Comercialización ($Cv_{m,i}$) de cuatrocientos cinco millones setecientos setenta y nueve mil trescientos diecinueve pesos m/cte (COP \$405.779.319), los cuales indexados a junio de 2021, equivalen a cuatrocientos sesenta y dos millones quinientos cuarenta y cuatro mil ochocientos treinta y cinco pesos m/cte (COP \$462.544.835).

⁶⁴ Cfr. **Carpeta reservada:** Folio 25 del cuaderno único del expediente.

⁶⁵ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 18 revés del cuaderno No. 1 del expediente.

⁶⁶ El cual es reportado por la **INVESTIGADA** al Sistema Único de Información (en adelante "SUI").

Conforme lo anterior, este Despacho evidencia y concluye que la **INVESTIGADA** aplicó incorrectamente las tasas de oportunidad de sus costos financieros asociados al giro de los subsidios, para el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018, incumpliendo con ello lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 88 Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014, modificado por el artículo 1 de la resolución CREG 019 de 2018, al no haber aplicado el costo de oportunidad mes vencido correspondiente a las variables r_1 y r_2 del factor que compensa los Costos Financieros ($CFS_{i,j,m}$) calculado como el promedio ponderado de las tasas de interés preferencial o corporativo de los créditos comerciales, y como el promedio ponderado de las tasas de los Certificados de Depósito de Ahorro a Término, respectivamente, vigentes a partir del segundo mes del último trimestre de T y hasta el mes anterior al mes de giro de subsidios por parte del Ministerio de Minas y Energía⁶⁷.

4.3.2. Así mismo, en relación con el **cargo segundo** imputado a **E.E PUTUMAYO**, el Despacho sostuvo lo siguiente:

“3.4.3. Circunstancias de hecho

Corresponden a las mismas circunstancias fácticas expuestas en el numeral 3.3.3. del presente acto.

3.4.4. Análisis del cargo imputado

3.4.4.1. Del Costo Promedio Ponderado de la Energía Comprada en Bolsa (Pb)

De conformidad con el material probatorio que reposa en el expediente, durante el período comprendido entre mayo y septiembre de 2018, la cantidad de energía contratada por **E.E PUTUMAYO** no fue suficiente para cubrir su demanda, razón por la cual, el Centro Nacional de Despacho (en adelante “**CND**”) procedió a cubrir la demanda faltante a través de energía de bolsa.

Conforme lo anterior, la **INVESTIGADA** debía calcular la variable P_b , de conformidad con las siguientes particularidades señaladas en el anexo 2 de la Resolución CREG 030 de 2018:

“ $P_{b,m-1,i}$: Precio de la energía comprada en bolsa por el Comercializador Minorista i , en el mes $m-1$, expresado en \$/kWh, cuando las cantidades adquiridas en las subastas del MOR y en contratos bilaterales no cubran la totalidad de la demanda regulada.

$$P_{b,m-1,i} = \frac{\sum_{h=1}^n (P_{h,m-1} \times D_{i,h,m-1})}{\sum_{h=1}^n D_{i,h,m-1}}$$

Donde,

$P_{h,m-1}$: Precio de Bolsa en la hora h (\$/kWh), del mes $m-1$.

$D_{i,h,m-1}$: Compras en Bolsa del Comercializador Minorista i (kWh) en la hora h , del mes $m-1$.

n : Número de horas del mes $m-1$.

(...) (Énfasis agregado).

Sin perjuicio de ello, el análisis de la información publicada por el **ASIC** en el archivo AFAC permitió evidenciar que además de las variables reconocidas por la regulación⁶⁸, la **INVESTIGADA** incluyó los conceptos de “Ventas en bolsa (kwh)” y “Ventas en bolsa (\$)” para calcular su P_b ⁶⁹. Veamos:

Tabla No. 7 - Archivo AFAC: Conceptos utilizados por E.E PUTUMAYO para calcular su P_b (2018)

Período Información	Tarifa	Compras En Bolsa (Kwh) A	Compras En Bolsa (\$) B	Ventas En Bolsa (Kwh) C	Ventas En Bolsa (\$) D	Total Compras En Bolsa (Kwh) E (A-C)	Total Compras En Bolsa (\$) F (B-D)	P_b (\$/Kwh) G (F/E)
Abril	Mayo	991.967	131.585.183	227.874	20.223.786	764.093	111.361.397	145,7432498
Mayo	Junio	1.018.208	81.125.191	253.782	17.320.552	764.426	63.804.639	83,46738468
Junio	Julio	849.287	65.000.260	291.716	20.624.456	557.571	44.375.804	79,58771887
Julio	Agosto	694.210	60.897.194	501.950	35.744.511	192.260	25.152.683	130,8263965
Agosto	Septiembre	879.782	102.181.902	327.660	24.293.261	552.122	77.888.641	141,0714317

Fuente: www.xm.com: Archivo AFAC 08-2018⁷⁰ - Elaboración: SSPD

⁶⁷ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 237 a 239 del cuaderno No. 2 del expediente.

⁶⁸ A saber “Compras en bolsa (kWh)” y “Compras en bolsa (\$)”.

⁶⁹ En otras palabras, la **INVESTIGADA** incluyó en la fórmula por medio de la cual se calculó la variable P_b , variables adicionales no previstas por la regulación, lo que conllevó al cálculo erróneo del Componente de Generación ($G_{m,i}$) y consecuentemente derivó en el traslado a los usuarios de un costo mayor al permitido por la norma.

⁷⁰ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 20 del cuaderno No. 1 del expediente.

La tabla No. 7 permite evidenciar que, para calcular el total de la **cantidad de energía comprada en bolsa, E.E PUTUMAYO** restó al concepto "Compras en Bolsa (KWH)" publicado en el archivo AFAC el concepto "Ventas en Bolsa (KWH)".

Igualmente, para calcular el total del **precio de energía comprada en bolsa, la INVESTIGADA** restó al concepto "Compras en Bolsa (\$)" publicado en el archivo AFAC, el concepto "Ventas en Bolsa (\$)".

Así las cosas, concluye este Despacho que el valor de la variable Pb utilizado por **E.E PUTUMAYO** para calcular el Componente de Generación ($G_{m,i,j}$) durante el período comprendido entre mayo y septiembre de 2018, desconoció lo dispuesto en el anexo 2 de la Resolución CREG 030 de 2018, incumpliendo con ello la metodología tarifaria.

En ese orden de ideas, con base en los resultados expuestos previamente, se procedió a recalcular la variable Pb excluyendo los conceptos de "Ventas en bolsa (kwh)" y "Ventas en bolsa (\$)", lo cual arrojó los siguientes resultados:

Tabla No. 8 - Cálculo de la variable Pb (2018) por parte de la SSPD

Período Información	Tarifa	Compras En Bolsa (Kwh) A	Compras En Bolsa (\$) B	Pb (\$/Kwh) C (B/A)
Abril	Mayo	991.967	131.585.183	132,6507666
Mayo	Junio	1.018.208	81.125.191	79,6744781
Junio	Julio	849.287	65.000.260	76,53509355
Julio	Agosto	694.210	60.897.194	87,72157416
Agosto	Septiembre	879.782	102.181.902	116,1445699

Fuente: SSPD

Por su parte, la comparación entre el Pb calculado por la **INVESTIGADA** y el calculado por la **SSPD** evidenció las siguientes diferencias:

Tabla No. 9 - Diferencias del cálculo de la variable Pb

Tarifa	Pb E.E PUTUMAYO (\$/Kwh) A	Pb SSPD (\$/Kwh) B	Diferencia (\$/Kwh) C (A-B)
Mayo	145,7432498	132,6507666	13,0924832
Junio	83,46738468	79,6744781	3,79290658
Julio	79,58771887	76,53509355	3,05262532
Agosto	130,8263965	87,72157416	43,10482234
Septiembre	141,0714317	116,1445699	24,9268618

Fuente: SSPD

3.4.4.2. Del Costo de Compra de Energía – Componente de Generación ($G_{m,i,j}$)

De conformidad con el concepto 2180 de 2009 de la **CREG**, "el componente de Generación representa el costo de compra de la energía que realiza el comercializador en el Mercado Mayorista. Su variación está sujeta a los precios de la Bolsa de Energía (mercado de energía eléctrica en donde se transa diariamente toda la energía necesaria para abastecer a los usuarios conectados al Sistema de Transmisión Nacional) y a los precios de los contratos bilaterales de suministro de largo plazo con destino al mercado regulado que los comercializadores suscriben tras adelantar convocatorias públicas"⁷¹. Así pues, la fórmula para determinar el valor del Costo de Compra de Energía – Componente de Generación ($G_{m,i,j}$) debe calcularse de conformidad con las disposiciones contenidas en el anexo 2 de la Resolución CREG 030 de 2018. Veamos:

"Anexo 2. Costo máximo transitorio de traslado de compras de energía de GD y AGP: Transitoriamente, mientras se adoptan las disposiciones definitivas sobre traslado de las compras de energía en la tarifa del usuario final en el componente G del CU, el componente $G_{m,i,j}$ de la fórmula tarifaria establecida en el artículo 6 de la Resolución CREG 119 de 2007, se calculará de la siguiente manera:

$$G_{m,i,j} = Q_{C_{m-1,i}} * \alpha_{i,j} * P_{C_{m-1,i}} + 1 - \alpha_{i,j} * M_{C_{m-1}} + \\ + 1 - Q_{C_{m-1,i}} - Q_{agd_{m-1,i}} * \boxed{P_{b_{m-1,i}}} + A_{j_{m,i}} + \\ + G_{transitorio_{m,i,j}}$$

(...)"

En ese orden, ya que la variable de Costo Promedio Ponderado de la Energía Comprada en Bolsa (Pb) impacta el cálculo del Costo de Compra de Energía – Componente de Generación ($G_{m,i,j}$), la **SSPD** recalculó este componente, teniendo en cuenta la información de Pb ajustada para el período

⁷¹ Comisión de Regulación de Energía y Gas, concepto 2180 del 17 de febrero de 2009.

comprendido entre mayo y septiembre de 2018, y la comparó con la información publicada por la **INVESTIGADA**, determinando el impacto económico de esta conducta así:

Tabla No. 10 - Ingresos irregulares percibidos por **E. PUTUMAYO** en el Componente de Generación ($G_{m,i,j}$) por la indebida liquidación del Pb

Año	Período	G Publicado (\$/Kwh) A	G Calculado (\$/Kwh) B	Diferencia (\$/Kwh) C (A-B)	Consumo (Kwh) D	Valor Adicional (\$) E (C*D)
2018	Mayo	225,7938	224,021385	1,77241522	4.360.931	7.729.380,000
2018	Junio	218,7256	218,22035	0,50524980	4.143.996	2.093.753,139
2018	Julio	223,9544	223,632098	0,32230183	4.227.275	1.362.458,449
2018	Agosto	236,4124	234,808119	1,60428104	4.178.334	6.703.222,001
2018	Septiembre	230,4650	227,974677	2,49032283	4.322.776	10.765.107,750
TOTAL						28.653.922,000

Fuente: SSPD

Así pues, concluye este Despacho que debido a las irregularidades en el cálculo de la variable Pb, durante el período comprendido entre mayo y septiembre de 2018, **E.E PUTUMAYO** trasladó al usuario un costo irregular del Costo de Compra de Energía – Componente de Generación ($G_{m,i,j}$), lo que la llevó a percibir por concepto de liquidación de dicho componente ingresos adicionales equivalentes a veintiocho millones seiscientos cincuenta y tres mil novecientos veintidós pesos m/cte (COP \$ 28.653.922), cuyo valor indexado a junio de 2021 equivale a treinta y un millones trescientos ochenta y dos mil ochocientos treinta y siete pesos m/cte (COP \$31.382.837).

3.4.4.3. Del Costo Unitario de Prestación del Servicio de Energía Eléctrica ($CUV_{n,m,i,j}$)

La fórmula para determinar el valor del Costo Unitario de Prestación del Servicio de Energía Eléctrica ($CUV_{n,m,i,j}$) debe calcularse de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 4 de la Resolución CREG 119 de 2007⁷². Veamos:

“Artículo 4 de la Resolución CREG 119 de 2007: Costo Unitario de Prestación del Servicio de Energía Eléctrica. Artículo modificado por el artículo 1 de la Resolución 191 de 2014. El Costo Unitario de Prestación del Servicio consta de un componente variable de acuerdo con el nivel de consumo, expresado en \$/kWh, y un componente fijo, expresado en \$/factura, según se indica a continuación:

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

$$CUF_{m,j} = \beta \times Cf_{m,j}$$

(...).”

En ese orden, la incorrecta liquidación del Costo Promedio Ponderado de la Energía Comprada en Bolsa (Pb) entre mayo y septiembre de 2018 impactó el cálculo del Costo de Compra de Energía – Componente de Generación ($G_{m,i,j}$), con lo cual no solo se vulneró lo dispuesto en el artículo 42 y el parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 143 de 1994, así como en el Anexo 2 de la Resolución CREG 030 de 2018, sino que cobró al usuario un valor superior al que le correspondía de acuerdo a la regulación y que se cuantificó⁷³ en veintiocho millones seiscientos cincuenta y tres mil novecientos veintidós pesos m/cte (COP \$ 28.653.922), cuyo valor indexado a junio de 2021 equivale a treinta y un millones trescientos ochenta y dos mil ochocientos treinta y siete pesos m/cte (COP \$31.382.837)⁷⁴.

4.3.3. En relación con el **tercer cargo** por el que fue sancionada **E.E PUTUMAYO** el Despacho argumentó, entre otros aspectos, los siguientes:

“3.5.3. Circunstancias de hecho

Corresponden a las mismas circunstancias fácticas expuestas en el numeral 3.3.3. del presente acto.

3.5.4. Análisis del cargo imputado

De conformidad con el concepto 2180 de 2009 de la **CREG**, “el componente **PR (Pérdidas)** remunera el costo incurrido por la compra y transporte de la energía que debe producirse pero que no se puede

⁷² Modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG 191 de 2014 “Por la cual se modifica y complementa la Resolución CREG 119 de 2007”.

⁷³ Para cuantificar dicho impacto, el Despacho multiplicó las diferencias obtenidas para cada uno de los meses por el consumo (en kWh) de los usuarios regulados de la empresa (reportado en los formatos 2 y 3 del **SUI**).

⁷⁴ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 245 a 246 del cuaderno No. 2 del expediente.

facturar a los usuarios, y también los costos de los programas de reducción de estas pérdidas, que siempre están presentes en la distribución de energía eléctrica⁷⁵. Así pues, la fórmula para determinar el valor del Costos de pérdidas de energía, transporte y reducción de las mismas ($PR_{m,n,i,j}$) debe calcularse de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 14 de la Resolución CREG 119 de 2018. Veamos:

“Artículo 14. Costos de pérdidas de energía, transporte y reducción de las mismas, ($PR_{m,n,i,j}$): Los costos de gestión de pérdidas de energía trasladables al usuario final, expresados en \$/kWh, se determinarán de conformidad con la siguiente expresión, que incluye: i) el costo de las pérdidas eficientes de energía; ii) los costos del transporte de las pérdidas eficientes de energía; y iii) los costos del Programa de Reducción de Pérdidas No Técnicas de energía, respectivamente.

$$PR_{m,n,i,j} = \left(\frac{G_{m,j} * (IPR_{n,m,j} + IPRSTN_{m-1})}{1 - (IPR_{n,m,j} + IPRSTN_{m-1})} + \frac{T_m * IPR_{n,m,j}}{1 - IPR_{n,m,j}} + CPROG_{j,m} \right)$$

(...)”.

Así las cosas, la SSPD recalculó el Componente de Pérdidas ($PR_{m,n,i,j}$) de conformidad con las disposiciones regulatorias y comparó los resultados obtenidos con la información tarifaria publicada por la INVESTIGADA. Dicho ejercicio permitió evidenciar las siguientes diferencias entre el valor del Componente de Pérdidas ($PR_{m,n,i,j}$) reconocido por E.E PUTUMAYO y el calculado por la SSPD:

Tabla No. 11 - Relación del resultado del cálculo del Componente de Pérdidas ($PR_{m,n,i,j}$) (SSPD vs. la INVESTIGADA)

Año	Período	PR Publicado (\$/Kwh) A	PR Calculado (\$/Kwh) B	Diferencia (\$/Kwh) C (A-B)	Consumo (Kwh) D	Valor Adicional (\$) E (C*D)
2018	Mayo	40,9724	40,6900000	0,28240000	4.360.931	1.231.526,915
2018	Junio	40,1992	40,1165057	0,08269427	4.143.996	342.684,709
2018	Julio	41,3321	41,2788532	0,05324676	4.227.275	225.088,679
2018	Agosto	43,9151	43,6471079	0,26799214	4.178.334	1.119.760,673
2018	Septiembre	42,5661	42,1535453	0,41255467	4.322.776	1.783.381,417
TOTAL						4.702.442,000

Fuente: SSPD

Así pues, observa este Despacho que, E.E PUTUMAYO trasladó al usuario un costo irregular de los Costos de pérdidas de energía, transporte y reducción de las mismas ($PR_{m,n,i,j}$), lo que la llevó a percibir por concepto de liquidación de dicho componente ingresos adicionales equivalentes a cuatro millones setecientos dos mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos m/cte (COP \$ 4.702.442), cuyo valor indexado a junio de 2021 equivale a cinco millones ciento cincuenta mil doscientos tres pesos m/cte (COP \$5.150.203).

Recuérdese, tal como se expuso anteriormente, que el artículo 4 de la Resolución CREG 119 de 2007⁷⁶, determina que, la siguiente, es la fórmula para determinar el valor del Costo Unitario de Prestación del Servicio de Energía Eléctrica ($CUV_{n,m,i,j}$):

“Artículo 4 de la Resolución CREG 119 de 2007: Costo Unitario de Prestación del Servicio de Energía Eléctrica. Artículo modificado por el artículo 1 de la Resolución 191 de 2014. El Costo Unitario de Prestación del Servicio consta de un componente variable de acuerdo con el nivel de consumo, expresado en \$/kWh, y un componente fijo, expresado en \$/factura, según se indica a continuación:

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

$$CUF_{m,j} = \beta \times Cf_{m,j}$$

(...)”.

En ese orden, el costo irregular de los Costos de pérdidas de energía, transporte y reducción de las mismas ($PR_{m,n,i,j}$), cobrado a los usuarios entre mayo y septiembre de 2018, llevó a que E.E PUTUMAYO no solo vulnerara lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 14 de la Resolución CREG 119 de 2007, sino que cobrara a sus usuarios un valor superior al

⁷⁵ Comisión de Regulación de Energía y Gas, concepto 2180 del 17 de febrero de 2009.

⁷⁶ Modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG 191 de 2014 “Por la cual se modifica y complementa la Resolución CREG 119 de 2007”.

que le correspondía de acuerdo a la regulación y que se cuantificó⁷⁷ en cuatro millones setecientos dos mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos m/cte (COP \$ 4.702.442), cuyo valor indexado a junio de 2021 equivale a cinco millones ciento cincuenta mil doscientos tres pesos m/cte (COP \$5.150.203)⁷⁸.

4.3.4. Por último, frente al **cargo cuarto** se argumentó:

“3.6.3. Circunstancias de hecho

Corresponden a las mismas circunstancias fácticas expuestas en el numeral 3.3.3. del presente acto.

3.6.4. Análisis del cargo imputado

Este Despacho analizó el porcentaje de subsidios reconocidos a los estratos 1 y 2 que atiende **E.E PUTUMAYO**, para determinar si, al utilizar el CU calculado por la **SSPD** de conformidad con la regulación vigente, se evidenciaban variaciones que incidieran en su efectiva aplicación. Dicho ejercicio arrojó los siguientes resultados:

Tabla No. 12 – Comparación de los porcentajes de subsidios reconocidos por la INVESTIGADA (2015-2018)

PERÍODO	ESTRATO 1			ESTRATO 2			
	% SUB ESP	% SUB DTGE	DIFERENCIA	% SUB ESP	% SUB DTGE	DIFERENCIA	
2015	Noviembre	55,4392%	55,2108%	0,2284%	44,2990%	44,0113%	0,2877%
	Diciembre	55,0824%	54,8401%	0,2422%	43,8530%	43,5479%	0,3050%
2016	Enero	56,2711%	56,2126%	0,0585%	45,3389%	45,2636%	0,0753%
	Febrero	60,0000%	60,0000%	0,0000%	50,0000%	50,0000%	0,0000%
	Marzo	60,0000%	60,0000%	0,0000%	50,0000%	50,0000%	0,0000%
	Abril	59,6816%	59,5986%	0,0830%	49,6021%	49,4983%	0,1038%
	Mayo	59,9833%	59,9081%	0,0752%	49,9791%	49,8851%	0,0940%
2017	Junio	56,5121%	56,3726%	0,1395%	45,6401%	45,4657%	0,1744%
	Julio	57,9827%	57,8114%	0,1714%	47,4784%	47,2642%	0,2142%
	Agosto	55,9558%	55,7844%	0,1714%	44,9448%	44,7305%	0,2143%
	Septiembre	57,4123%	57,2209%	0,1914%	46,7654%	46,5262%	0,2392%
	Octubre	56,3157%	55,9286%	0,3871%	45,3946%	44,9107%	0,4839%
	Noviembre	57,4749%	57,1205%	0,3544%	46,8436%	46,4006%	0,4430%
	Diciembre	57,1789%	56,8101%	0,3689%	46,4737%	46,0126%	0,4611%
	Enero	55,4776%	55,0692%	0,4084%	44,3470%	43,8365%	0,5105%
	Febrero	56,3005%	55,9308%	0,3697%	45,3756%	44,9135%	0,4621%
	Marzo	55,0264%	55,2017%	-0,1753%	43,7830%	44,0021%	-0,2191%
2018	Abril	55,6161%	55,0135%	0,6026%	44,5201%	43,7668%	0,7532%
	Mayo	54,8558%	54,5896%	0,2662%	43,5698%	43,2370%	0,3328%
	Junio	54,6512%	56,3633%	-1,7121%	43,3127%	45,4542%	-2,1415%
	Julio	55,5399%	54,8802%	0,6597%	44,4249%	43,6003%	0,8247%
	Agosto	56,4913%	55,8006%	0,6907%	45,6142%	44,7507%	0,8635%
	Septiembre	55,8428%	55,1374%	0,7054%	44,8035%	43,9218%	0,8817%
	Octubre	54,1934%	54,2953%	-0,1019%	42,7418%	42,8691%	-0,1274%
	Noviembre	54,2903%	54,3927%	-0,1024%	42,8628%	42,9908%	-0,1280%
	Diciembre	55,2982%	55,3674%	-0,0692%	44,1227%	44,2092%	-0,0865%
	Enero	56,9470%	55,5641%	1,3828%	46,1837%	44,4551%	1,7286%
Febrero	58,3286%	58,3501%	-0,0215%	48,1486%	47,9376%	0,2109%	
Marzo	59,5630%	59,0522%	0,5108%	49,4538%	48,8152%	0,6385%	
Abril	59,3996%	59,0550%	0,3446%	49,2495%	48,8187%	0,4308%	
Mayo	59,1760%	58,8411%	0,3349%	48,9701%	48,5514%	0,4187%	
Junio	58,6919%	58,4529%	0,2390%	48,3648%	48,0661%	0,2988%	
Julio	59,2987%	59,1102%	0,1885%	49,1234%	48,8878%	0,2357%	
Agosto	60,0000%	60,0000%	0,0000%	50,0000%	50,0000%	0,0000%	
Septiembre	59,1980%	59,6951%	-0,4971%	48,9975%	49,6188%	-0,6213%	

Elaboración: SSPD

La tabla No. 12 permite evidenciar que las irregularidades en el CU de **E.E PUTUMAYO** generaron que el porcentaje de subsidios a aplicar durante el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018, tuviera variaciones, ocasionando un impacto en los valores a reconocer a los usuarios de los estratos 1 y 2 del mercado atendido por la **INVESTIGADA**.

Adicionalmente, y tomando como base la información reportada por la **INVESTIGADA** al **MME** en las conciliaciones trimestrales, el Despacho recalculó el valor de los subsidios y contribuciones liquidados entre noviembre de 2015 y septiembre de 2016 por **E.E PUTUMAYO** para determinar el impacto económico que generó esta conducta.

Frente a los resultados, presentados en la tabla No. 13 – a continuación- debe aclararse que (i) Los valores negativos indican que la **INVESTIGADA** aplicó un menor valor de subsidios a los usuarios o

⁷⁷ Para cuantificar dicho impacto, el Despacho multiplicó las diferencias obtenidas para cada uno de los meses por el consumo (en kWh) de los usuarios regulados de la empresa (reportado en los formatos 2 y 3 del **SUI**).

⁷⁸ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 249 del cuaderno No. 2 del expediente.

que dejó de recaudar dinero por concepto de contribuciones, y (ii) Los valores positivos, indican que se aplicaron subsidios de más o que se recaudaron contribuciones de más. Veamos:

Tabla No. 13 - Impacto Subsidios y contribuciones (2015-2018)

Año	Mes	Menor Valor Subsidio	Mayor Valor Subsidio	Mayor Valor Contribución	Menor Valor Contribución
2015	Noviembre	-57.430.328	-----	-----	-5.064.738
	Diciembre	-----	12.551.721	8.514.768	-----
TOTAL 2015		-\$ 57.430.328	\$ 12.551.721	8.514.768	-5.064.738
2016	Enero	-----	2.631.465	-----	-40.377
	Febrero	-----	3.090.538	265.785	-----
	Marzo	-----	3.201.162	303.320	-----
	Abril	-----	5.810.073	537.176	-----
	Mayo	-----	5.866.180	471.575	-----
	Junio	-----	6.417.162	458.464	-----
	Julio	-25.103.085	-----	-----	-1.950.443
	Agosto	-----	3.335.924	502.318	-----
	Septiembre	-----	4.025.515	667.850	-----
	Octubre	-----	13.358.205	1.000.833	-----
	Noviembre	-----	2.818.153	13.675.593	-----
	Diciembre	-----	4.422.523	2.738.206	-----
TOTAL 2016		-\$ 25.103.085	\$ 54.976.901	20.621.122	-1.990.820
2017	Enero	-----	9.610.766	1.088.480	-----
	Febrero	-----	9.178.181	1.090.792	-----
	Marzo	-5.449.659	-----	-----	-166.999
	Abril	-----	9.722.536	977.381	-----
	Mayo	-----	16.416.149	1.616.827	-----
	Junio	-45.711.588	-----	-----	-3.458.730
	Julio	-----	16.516.473	1.588.302	-----
	Agosto	-----	19.190.419	1.933.017	-----
	Septiembre	-----	17.202.129	1.923.245	-----
	Octubre	-3.041.554	-----	-----	-3.993
	Noviembre	-3.041.098	-----	-----	-23.024
	Diciembre	-2.113.064	-----	79.495	-----
TOTAL 2017		-\$ 59.356.963	\$ 97.836.652	10.297.538	-3.652.747
2018	Enero	-----	38.950.411	3.599.339	-----
	Febrero	-----	3.422.569	910.472	-----
	Marzo	-----	17.800.295	2.237.959	-----
	Abril	-----	11.684.983	1.462.917	-----
	Mayo	-1.451.019	-----	331.959	-----
	Junio	-----	53.977.169	5.368.268	-----
	Julio	-----	6.616.250	1.097.491	-----
	Agosto	-----	54.588.345	5.296.697	-----
Septiembre	-----	845.910	1.708.182	-----	
TOTAL 2018		-\$ 1.451.019	\$ 187.885.932	22.013.284	0

Fuente: Comunicaciones SSPD No. 20195290434802 del 2 de junio de 2019⁷⁹ y No. 20208100107352 del 2 de marzo de 2020⁸⁰/ Memorando SSPD No. 20192200084873 del 28 de agosto de 2019⁸¹ - **Elaboración:** SSPD

De lo anterior se colige que **E.E PUTUMAYO dejó de reconocer subsidios** a sus usuarios de estratos 1 y 2, en la siguiente forma:

- De noviembre a diciembre de 2015: Cincuenta y siete millones cuatrocientos treinta mil trescientos veintiocho pesos m/cte (COP \$57.430.328).
- De enero a diciembre de 2016: Veinticinco millones ciento tres mil ochenta y cinco pesos m/cte (COP \$25.103.085).
- De enero a diciembre de 2017: Cincuenta y nueve millones trescientos cincuenta y seis mil novecientos treinta y seis pesos m/cte (COP \$59.356.963).
- De enero a septiembre de 2018: Un millón cuatrocientos cincuenta y un mil diecinueve pesos m/cte (COP \$1.451.019).

También se evidencia, que la **INVESTIGADA recaudó un mayor valor** a sus usuarios por concepto de contribuciones, de conformidad con las siguientes particularidades:

- De noviembre y diciembre de 2015: Ocho millones quinientos catorce mil setecientos sesenta y ocho pesos m/cte (COP \$ 8.514.768)
- De enero a diciembre de 2016: Veinte millones seiscientos veintiún mil ciento veintidós pesos m/cte (COP \$20.621.122).
- De enero a diciembre de 2017: Diez millones doscientos noventa y siete mil quinientos treinta y ocho pesos m/cte (COP \$10.297.538).

⁷⁹ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 33 del cuaderno No. 1 del expediente.

⁸⁰ Cfr. **Carpeta pública:** Folios 152 a 153 del cuaderno No. 1 del expediente.

⁸¹ Cfr. **Carpeta pública:** Folios 26 a 34 del cuaderno No. 1 del expediente.

- De enero a septiembre de 2018: veintidós millones trece mil doscientos ochenta y cuatro pesos m/cte (COP \$22.013.284).

Aunado a lo anterior, a partir de los resultados obtenidos por la **SSPD** se evidencia que, durante el período comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018, la información allegada por la **INVESTIGADA** al **MME** para realizar las conciliaciones de las cuentas de subsidios y contribuciones de solidaridad fue errónea. Veamos:

Tabla No. 14 - Valores de subsidios y contribuciones reconocidos por el MME con base en la información suministrada por E.E PUTUMAYO vs. los cálculos de la SSPD

Año	Mes	Valor de los subsidios reconocidos por el MME (\$)	Valor de los subsidios calculados por la SSPD (\$)	Diferencia (\$)	Valor de las contribuciones reconocidas por el MME (\$)	Valor de las contribuciones calculadas por la SSPD (\$)	Diferencia (\$)
2015	11	463.987.729	521.418.057	-57.430.328	77.403.125	82.467.863	-5.064.738
	12	532.765.021	520.213.300	12.551.721	91.739.668	83.224.900	8.514.768
Total		996.752.750	1.041.631.357	-44.878.607	169.142.793	165.692.763	3.450.030
2016	1	590.278.884	587.647.419	2.631.465	85.904.018	85.944.395	-40.377
	2	704.902.137	701.811.599	3.090.538	101.912.786	101.647.001	265.785
	3	684.783.470	681.582.308	3.201.162	92.150.037	91.846.717	303.320
	4	716.455.798	710.645.725	5.810.073	98.139.367	97.602.191	537.176
	5	687.084.405	681.218.225	5.866.180	91.088.641	90.617.066	471.575
	6	614.400.419	607.983.257	6.417.162	85.773.774	85.315.310	458.464
	7	605.617.898	630.720.983	-25.103.085	102.100.512	104.050.955	-1.950.443
	8	605.750.902	602.414.978	3.335.924	85.606.004	85.103.686	502.318
	9	674.217.429	670.191.914	4.025.515	94.134.259	93.466.409	667.850
	10	637.661.566	624.303.361	13.358.205	90.032.496	89.031.663	1.000.833
	11	681.230.334	678.412.181	2.818.153	113.875.598	100.200.005	13.675.593
	12	628.052.137	623.629.614	4.422.523	112.246.882	109.508.676	2.738.206
Total		7.830.435.379	7.800.561.563	29.873.816	1.152.964.374	1.134.334.072	18.630.302
2017	1	626.648.170	617.037.404	9.610.766	96.535.648	95.447.168	1.088.480
	2	657.642.363	648.464.182	9.178.181	100.027.070	98.936.278	1.090.792
	3	589.419.017	594.868.676	-5.449.659	92.914.176	93.081.175	-166.999
	4	400.187.729	390.465.193	9.722.536	61.778.279	60.800.898	977.381
	5	591.625.361	575.209.212	16.416.149	91.750.843	90.134.016	1.616.827
	6	594.044.407	639.755.995	-45.711.588	93.833.720	97.292.450	-3.458.730
	7	612.907.254	596.390.781	16.516.473	93.099.429	91.511.127	1.588.302
	8	677.333.017	658.142.598	19.190.419	104.798.578	102.865.561	1.933.017
	9	598.465.597	581.263.468	17.202.129	104.469.298	102.546.053	1.923.245
	10	601.336.483	604.378.037	-3.041.554	99.004.173	99.008.166	-3.993
	11	619.938.091	622.979.189	-3.041.098	105.571.541	105.594.565	-23.024
	12	638.040.574	640.153.638	-2.113.064	105.437.000	105.357.505	79.495
Total		7.207.588.063	7.169.108.373	38.479.690	1.149.219.755	1.142.574.963	6.644.792
2018	1	684.429.920	645.479.509	38.950.411	108.240.206	102.460.743	3.599.339
	2	769.212.042	765.789.473	3.422.569	123.567.196	119.754.318	910.472
	3	811.813.465	794.013.170	17.800.295	140.354.813	135.883.011	2.237.959
	4	790.235.363	778.550.380	11.684.983	117.804.941	116.342.024	1.462.917
	5	807.146.311	808.597.330	-1.451.019	120.788.459	120.456.500	331.959
	6	771.937.337	717.960.168	53.977.169	117.022.196	111.653.928	5.368.268
	7	781.247.687	774.631.437	6.616.250	124.283.269	123.185.778	1.097.491
	8	870.531.216	815.942.871	54.588.345	123.696.019	118.399.322	5.296.697
	9	829.335.049	828.489.139	845.910	127.958.505	126.250.323	1.708.182
Total		7.115.888.390	6.929.453.477	186.434.913	1.103.715.604	1.074.385.947	22.013.284
Total general		23.150.664.582	22.940.754.770	209.909.812	3.575.042.526	3.516.987.746	50.738.407

Fuente: SSPD

La tabla No. 14 permite evidenciar que entre los **subsidios** reconocidos por el **MME** y los cálculos realizados por la **SSPD** con base en la normatividad previamente expuesta existe una diferencia de doscientos nueve millones novecientos nueve mil ochocientos doce pesos m/cte (COP \$209.909.812).

Igualmente, se evidencia que entre los valores de las contribuciones conciliados por el **MME** y los cálculos realizados desde la **SSPD** existe una diferencia de cincuenta millones setecientos treinta y ocho mil cuatrocientos siete pesos m/cte (COP \$50.738.407).

Significa lo expuesto hasta este punto, que la aplicación de los subsidios reconocidos a los estratos 1 y 2 del mercado atendido por **E.E PUTUMAYO**, generó un alza injustificada en las tarifas, que se ve reflejada de esta manera:

- **En relación con los usuarios subsidiados:** Al dejar de recibir los subsidios legal y regulatoriamente establecidos.
- **En relación con los usuarios contribuyentes:** Al haber pagado ingresos adicionales, que les fueron cobrados por concepto de contribución.

En síntesis, del análisis efectuado se puede concluir que la **INVESTIGADA** dejó de aplicar subsidios a sus usuarios por un valor de ciento cuarenta y tres millones trescientos cuarenta y un mil trescientos noventa y cinco pesos m/cte (COP \$143.341.395), cuyo valor indexado a junio de 2021 equivale a ciento sesenta y ocho millones cuatrocientos setenta y ocho mil cincuenta y ocho pesos m/cte (COP \$168.478.058).

Por otra parte, **E.E PUTUMAYO** percibió unos ingresos adicionales por valor de sesenta y ocho millones setecientos sesenta y tres mil ochenta y cinco pesos (COP \$68.763.085) por concepto de contribuciones recaudadas de forma irregular a los usuarios, cuyo valor indexado a junio de 2021 equivale a setenta y ocho millones setenta y tres mil cuatrocientos cuarenta y un pesos m/cte (COP \$78.073.441).

Conforme lo anterior, este Despacho concluyó que **E.E PUTUMAYO** vulneró lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 88 de la Ley 142 de 1994, el parágrafo 1 del artículo 46 de la Ley 143 de 1994, el artículo 8 de la Resolución CREG 186 de 2010 adicionado por el artículo 1 de la resolución CREG 241 de 2015, toda vez que realizó una aplicación inadecuada de los porcentajes de subsidios destinados a los estratos 1 y 2, para el periodo comprendido entre noviembre de 2015 hasta septiembre de 2018⁸².

4.4. PRUEBAS APORTADAS EN SEDE DE RECURSO

Por medio del acto administrativo SSPD No. 20222401567551 del 6 de abril de 2022, el Despacho: (i) incorporó las pruebas aportadas por **E.E PUTUMAYO** mediante las comunicaciones SSPD No. 20215292493452 del 6 de septiembre de 2021, No. 20215293129932 del 19 de octubre de 2021 y No. 20215293197712 y 20215293206112 del 22 de octubre de 2021, y (ii) decretó una prueba de oficio.

LA RECURRENTE mediante la comunicación SSPD No. 20225291440742 del 13 de abril de 2022, remitió los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2021, requeridos a través del acto administrativo previamente mencionado, los cuales se entienden incorporados al expediente y se les otorgará el valor legal que les corresponda.

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

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

4.5.1. SOLICITUDES REALIZADAS EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN

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

PRIMERO: Que se reponga total o parcialmente la decisión tomada mediante resolución SSPD No. 20212400405965 del 18 de agosto de 2021, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en cabeza de la doctora Natacha (sic) Avendaño García Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

SEGUNDO: en consecuencia, se absuelva total o parcialmente de la sanción impuesta a la Empresa de Energía del Putumayo S.A. E.S.P., identificada con Número de Identificación Tributario 846000241-8 representada legalmente por el señor JHON GABRIEL MOLINA ACOSTA, identificado con cedula (sic) de ciudadanía No. 18.127.39.0

TERCERO: En caso de no acceder a las anteriores pretensiones, se solicita de manera subsidiaria, Modificar la resolución SSPD No. 20212400405965 del 18 de agosto de 2021, atendiendo a: las consideraciones para la atenuación de la multa expuesta en el presente recurso y que afectaría la

⁸² Cfr. **Carpeta pública:** Folio 250 a 252 del cuaderno No. 2 del expediente.

*continuidad de la Empresa en la prestación continua y eficiente del servicio público de Energía Eléctrica en el Departamento del Putumayo*⁸³.

4.5.2. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR E.E PUTUMAYO

4.5.2.1. De los análisis de las conductas respecto a cada cargo imputado

4.5.2.1.1. Del primer cargo

E.E PUTUMAYO insiste en que la Resolución CREG 180 de 2014 adolecía de un vacío regulatorio que implicó una errada interpretación de **LA RECURRENTE**. Al respecto señaló:

“Concordante con lo anterior, resulta importante resaltar que para el lapso de tiempo entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018, existía y tenía vigencia la resolución CREG 180 de 2014, disposición regulatoria que determinaba el procedimiento para aplicar las tasas de oportunidad de los costos financieros asociados al giro de los subsidios; lo que resulta claro para la SSPD como para E.E.PUTUMAYO; no obstante, de su contenido surge un aparente vacío en la regulación que no permite de forma inequívoca mensualizar las tasas de interés preferencial y las tasas de los certificados de depósito de ahorro, conclusión que se colige de la textura gramatical contenida en la norma, que no solo fue una interpretación de E.E.PUTUMAYO, sino de otros comercializadores tal y como es de amplio conocimiento por la SSPD.

*Es cierto como lo menciona la SSPD, que la ley 142 de 1994 en su artículo 88, numeral 1 impone la obligación a las empresas de cumplir lo dispuesto por la comisión reguladora en materia de tarifas e igualmente no es objeto de reproche que los costos y cargos definidos por esa autoridad para su cálculo, deben ser tenidos en cuenta según la preceptiva contenida en el artículo 46 de la ley 143 de 1994; pero es importante indicar que para poder cumplir estos lineamientos, la comisión reguladora que así lo preceptúe, debe ser absolutamente clara sin ambigüedades o confusiones de tal manera que no se produzcan diferentes interpretaciones de la misma tal y que deriven en una mala aplicación de las metodologías, tal y como en el caso concreto de E.E.PUTUMAYO ocurrió*⁸⁴.

En el mismo sentido, indicó:

*“Resulta importante mencionar que, el Comité Asesor de Comercialización – CAC, manifestó la existencia de varias interpretaciones en la aplicación del artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014 y presentó una alternativa de ajuste; ASOCODIS igualmente también solicitó la aclaración; con base en lo anterior la CREG, mediante resolución CREG 159 de 2017 sometió a consulta el proyecto de modificación del artículo 18 de la resolución CREG 180 de 2014 que posteriormente terminó con la expedición de la disposición regulatoria definitiva y la cuál se consolidó en la resolución CREG 019 de 2018; es decir que confirmó si existía un vacío normativo o laguna de derecho, que fue resuelto solo hasta el 5 de febrero de 2018, fenómeno administrativo inocultable y que E.E.PUTUMAYO pone en consideración por parte de la SSPD al momento de tomar la decisión final frente al asunto objeto de controversia, sin negar que se cometió un error intencional y voluntario por parte de la Empresa*⁸⁵.

Por otro lado, **E.E PUTUMAYO** señaló:

“(…) una vez revisado y ajustado el cálculo tarifario desde la entrada en aplicación del Costo Base de Comercialización a E.E. PUTUMAYO, se evidenció una diferencia con el Cv calculado por parte de la SSPD entre noviembre 2015 y septiembre de 2018.

(…)

*De igual manera, dentro del proceso de validación que se tuvo en cuenta por parte de la SSPD, se pone a consideración que los valores no son congruentes con lo remitido en los formatos 6 sui (sic) por parte de E.E. PUTUMAYO y lo liquidado por XM, para el mismo periodo. Es claro que la información reposada en la plataforma O3 del SUI es considerada oficial y que para este cálculo difiere de la realidad de la Empresa. Por lo anterior, y teniendo en cuenta el Cv calculado por E.E. PUTUMAYO, el cuadro de la tabla 6 arroja un mayor valor por **\$286.701.941** a precios septiembre 2018*⁸⁶.

Finalmente, **LA RECURRENTE** indicó que “procedió con la realización y ejecución del Plan de Acción para realizar el proceso de devolución a los usuarios y al Ministerio de Minas y Energía de las diferencias encontradas desde febrero de 2018 (...). Mediante este plan, la empresa devolvió de manera

⁸³ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 359 (reverso) del cuaderno No. 2 del expediente.

⁸⁴ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 331 (reverso) del cuaderno No. 2 del expediente.

⁸⁵ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 333 a 334 del cuaderno No. 2 del expediente.

⁸⁶ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 334 del cuaderno No. 2 del expediente.

parcial un valor de \$ 261.956.295 por el ajuste al componente de Comercialización Cv, por el periodo correspondiente entre febrero 2018 a marzo 2020⁸⁷.

Frente a lo anterior, en primer lugar, el Despacho debe señalar que, en el numeral 3.3.5.2 del acto administrativo que se recurre, se explicó que conforme con lo dispuesto en el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014 era claro que, para que un comercializador pudiera calcular el factor que compensaba los Costos Financieros ($CFE_{i,j,m}$), debía realizar las conversiones requeridas para obtener los valores **mensuales** de las Tasas de Interés Preferencial o Corporativo y de los Certificados de Ahorro a Término. Así lo explicó el Despacho:

“Frente a lo expuesto, se aclara, en primer lugar, que el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014 -en su contenido original-, es claro al determinar que para que un comercializador pueda calcular el factor que compensa los Costos Financieros ($CFE_{i,j,m}$), debe realizar las conversiones requeridas para obtener los valores mensuales de las Tasas de Interés Preferencial o Corporativo y de los Certificados de Ahorro a Término. Veamos:

(...)

*r1: Costo de oportunidad mes vencido, calculado como el promedio semanal de las tasas de interés preferencial o corporativo, de los créditos comerciales, **vigentes a partir del segundo mes del último trimestre de T y hasta el mes anterior al mes de giro de subsidios por parte del Ministerio de Minas y Energía.** La fuente de información será publicada por el Banco de la República de acuerdo con el formato 088 de la Superintendencia Financiera de Colombia.*

(...)

*r2: Costo de oportunidad mes vencido, calculado como el promedio semanal de las tasas de los Certificados de Ahorro a término, **vigentes a partir del segundo mes del último trimestre de T y hasta el mes anterior al mes de giro de subsidios por parte del Ministerio de Minas y Energía.** La fuente de información será la publicada por el Banco de la República de acuerdo con el formato 088 de la Superintendencia Financiera de Colombia” (Énfasis agregado).*

Igualmente, observa este Despacho que, de conformidad con el documento CREG 100 del 23 de diciembre de 2014, los factores que componen la fórmula de los Costos Financieros ($CFE_{i,j,m}$), deben adscribirse al ciclo efectivo de prestación del servicio⁸⁸. Veamos:

*“(…) teniendo en cuenta el Decreto 731 de 2014 a través del cual se estableció la posibilidad de realizar un giro parcial de los subsidios hasta el 80% durante y antes de la finalización del trimestre, se contempló la ecuación para incluir un factor del capital de trabajo que se reconoce al comercializador deficitario de forma anticipada. En ese orden de ideas, para el cálculo del costo financiero se deberá tener en cuenta los dos **factores del ciclo efectivo, tanto favor como en contra**” (Énfasis agregado).*

Entonces, si se tiene en cuenta que todos los demás elementos del factor que compensa los Costos Financieros ($CFE_{i,j,m}$) se encuentran sujetos al ciclo efectivo de prestación del servicio, se impone la obligación de mensualizar las tasas de interés publicadas por el Banco de la República en términos efectivos anuales. En otros términos, resulta improcedente despejar una fórmula con variables no equiparables, esto es, con unos datos mensualizados y otros anualizados”.

Ahora, sobre el presunto vacío regulatorio que alega **LA RECURRENTE**, fue eliminado con la expedición de la Resolución CREG 019 de 2018, vale la pena precisar, como se indicó en la **Resolución Sancionatoria**, que revisado el documento CREG 091 del 30 de octubre de 2017 y que corresponde al documento de trabajo de dicha resolución, es claro que con la expedición de la misma, si bien se pretendía aclarar el artículo 18 de la de la Resolución CREG 180 de 2014, no se buscaba modificar la metodología para remunerar los Costos Financieros, como equivocadamente lo señala **E.E PUTUMAYO**. Veamos:

*“Así se desprende no sólo del asunto de la Resolución CREG 019 de 2018 (“Por la cual se aclara el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014”), sino del documento soporte CREG 091 del 30 de octubre de 2017, en el cual la **CREG** manifiesta textualmente:*

*“De acuerdo con lo que se ha expuesto en los antecedentes y en la definición del problema, mantener el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014 sin modificaciones no es aplicable, por lo que se propone como alternativa la modificación de la resolución **sin que implique el cambio de los elementos funcionales de metodología de remuneración de los costos financieros asociados al giro de subsidios.***

⁸⁷ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 335 del cuaderno No. 2 del expediente.

⁸⁸ En cuanto al ciclo efectivo, se ha manifestado que “(…) [l]a regulación establece las fórmulas tarifarias que el comercializador utiliza para cobrar por el servicio al usuario final, de acuerdo con las características de cada periodo de consumo; y la remuneración que debe hacer a los demás agentes de la cadena eléctrica” (Énfasis agregado). (Cfr. Comisión de Regulación de Energía y Gas. Documento soporte CREG 020 del 24 de abril de 2012 “**Criterios Generales para determinar la remuneración de la actividad de comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados**” (p.119)).

La alternativa implica los siguientes ajustes:

a) Modificar el signo para restar los beneficios obtenidos por los anticipos de los giros de los costos financieros que enfrentan las empresas.

b) **Especificar aún más las fuentes de información de las tasas empleadas para valorar los costos y señalar la fórmula para transformar la tasa efectiva anual a efectivas mensuales.** En el caso de la tasa para valorar los créditos la fuente de información será la publicada por el Banco de la República de acuerdo con el formato 088 de la Circular externa 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

c) Aclarar el cálculo de las variables N y M cuando se presenten múltiples giros para un trimestre dado, indicando que se debe emplear un valor ponderado en función del monto” (Énfasis agregado).

Se insiste entonces en que la Resolución CREG 019 no introdujo modificaciones sino aclaraciones a la fórmula contenida en el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014 destinadas a facilitar el proceso de mensualización de las tasas de interés publicadas por el Banco de la República. No de otra manera se explica el hecho de que en el literal b) arriba transcrito se hubiera empleado la expresión “Especificar aún más”.

Así, en tanto la regulación era clara, no puede el Despacho considerar una atenuación de la sanción con fundamento en la errada interpretación de la norma, pues esto va en contravía del principio general de derecho según el cual, nadie puede alegar en su favor su propia culpa. La Corte Constitucional ha dispuesto lo siguiente respecto esta regla de derecho:

“La Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, a través de la cual sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está prima facie en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso”⁸⁹ (Énfasis agregado).

En segundo lugar, con relación a la presunta diferencia del cálculo del CV realizado por **LA RECURRENTE** y las diferencias que asegura, existen respecto al CV calculado por la **SSPD** se aclara que la información utilizada por la **SSPD** para calcular el incumplimiento imputado en el cargo primero, correspondió a la información remitida justamente por **E.E PUTUMAYO**, la cual se relacionó en la Tabla No. 1 del numeral 3.3.3 de la **Resolución Sancionatoria**.

Ahora bien, es importante precisar que el Formato 6 “*Información de Facturación de los Operadores de Red a los Comercializadores*” es un formato reportado por los Operadores de Red (en adelante “**OR**”) al Sistema Único de Información (en adelante “**SUI**”) cuya finalidad es permitir al Liquidador y Administrador de Cuentas (en adelante “**LAC**”) el cálculo del *DtUN* por Áreas de Distribución de Energía Eléctrica (*ADD*) y la liquidación de los ingresos de los **OR** con base en la energía facturada a otros comercializadores dentro de su mercado. Por lo tanto, la información del Formato 6 no es la información que deba usarse para realizar el cálculo de las tarifas de energía eléctrica, pues no corresponde a las ventas de la empresa.

Igualmente es impreciso hacer el cálculo del CV con base en lo que **LA RECURRENTE** denomina “*lo liquidado por XM*”, en razón a que el **LAC** no liquida consumos⁹⁰ de los comercializadores. La información de ventas de energía es reportada por el comercializador a través de los Formatos 2 “*Información Comercial Residencial*” y 3 “*Información Comercial No Residencial*” del **SUI**, conforme a lo dispuesto en la Resolución SSPD No. 20102400008055 de 2010⁹¹.

Se reitera entonces que la **SSPD** tuvo en cuenta para su análisis la información remitida por el prestador a partir de los diferentes requerimientos, en los que, además, se le solicitó aclaración

⁸⁹ Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión de Tutelas. T-122 de 2017. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁰ Consumos entendidos como las ventas de energía del comercializador al usuario final y que hacen parte de las variables de entrada para la aplicación de la fórmula del componente de Comercialización.

⁹¹ Por medio de la cual se unifica en un solo acto administrativo la normatividad expedida en el sector de Energía Eléctrica para el cargue de Información al Sistema Único de Información SUI.

sobre el cálculo efectuado. En ese sentido, y partiendo del hecho que la información suministrada por **LA RECURRENTE** es la información de las ventas, utilizada por el comercializador para el cálculo del **CU** y que proviene de su sistema comercial, esta misma información se presume, debe ser igual a la certificada posteriormente en el **SUI**.

En suma, calcular el componente de *Comercialización* con base en los consumos "liquidados de *XM*", es inadecuado -puesto que *XM* desconoce las ventas de energía facturadas por un comercializador al usuario final, ya que estas están relacionadas con los periodos de facturación de los usuarios-, y en esa medida, las diferencias encontradas por **E.E PUTUMAYO** respecto al recálculo que realizó del **CV** y el realizado por la **SSPD**, no se basan en la información correcta, por lo que no generan certeza, y no se podrán tener en cuenta.

En tercer y último lugar, argumenta **LA RECURRENTE** que entre abril de 2020 y marzo de 2021 devolvió los valores del componente de *Comercialización* que, según sus cálculos, fueron cobrados de más a sus usuarios entre febrero de 2018 y marzo de 2020. Sin embargo, para soportar lo anterior, solo aportó las facturas de los meses de mayo, junio y julio de 2020 de dos de sus usuarios, lo que le impide a este Despacho validar la certeza del argumento propuesto. Adicionalmente, no puede perderse de vista que la comisión de la conducta sancionada en el cargo primero corresponde al periodo comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018, y la supuesta devolución se realizó teniendo en cuenta los cobros de más realizados entre febrero de 2018 y marzo de 2020.

Así, a pesar de la devolución presuntamente realizada, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad de tipo administrativo deriva su fuerza vinculante y obligatoria del ejercicio del poder público administrativo del Estado, mediante el cual ordena el ejercicio de las actividades en interés de la comunidad y sanciona el incumplimiento de la normatividad⁹². En esa medida, la **SSPD** mantendrá la sanción impuesta a **E.E PUTUMAYO** en relación con el cargo primero, en razón a que la devolución realizada no está acreditada, no comprendió todo el periodo investigado, y que, en definitiva, **LA RECURRENTE** con su conducta vulneró las disposiciones normativas del servicio público domiciliario de energía eléctrica a las que se encuentra sujeta.

4.5.2.1.2. Del segundo y tercer cargo

Respecto al análisis de cargo segundo, **LA RECURRENTE** manifestó:

*"En relación con lo señalado en el cargo, E.E. PUTUMAYO tomo (sic) la decisión de revisar y realizar el cálculo de la variable Costo Promedio Ponderado de la Energía comprada en Bolsa (Pb), para los meses de mayo a septiembre de 2018, incluyendo las transacciones de venta en bolsa liquidadas por XM del archivo AFAC"*⁹³.

Con relación al análisis del cargo tercero, **E.E PUTUMAYO** indicó:

*"En relación con lo señalado en el cargo, E.E. PUTUMAYO tomo la decisión de revisar y realizar el cálculo de la variable Costo Promedio Ponderado de la Energía comprada en Bolsa (Pb), para los meses de mayo a septiembre de 2018, incluyendo las transacciones de venta en bolsa liquidadas por XM del archivo AFAC. Valor que afecta el cálculo del componente de Pérdidas al ser independiente del componente de Generación"*⁹⁴.

Pues bien, frente a lo anterior se reitera en primer lugar que, justamente el hecho de que la empresa indique que realizó el cálculo de la variable Costo Promedio Ponderado de la Energía comprada en Bolsa (Pb), "incluyendo las transacciones de venta en bolsa liquidadas por XM del archivo AFAC" ratifica la conducta irregular de **LA RECURRENTE**, ya que las ventas en bolsa, de energía comprada, **no** pueden ser tenidas en cuenta por el prestador al momento de calcular la variable Pb; por el contrario la regulación ha dispuesto que se deben tener en cuenta únicamente las compras en bolsa.

⁹² La conducta de **E.E PUTUMAYO** terminó afectando directamente los costos finales de comercialización (Cv m,i,j) que a su vez generaron un alza injustificada en las tarifas pagadas por los usuarios.

⁹³ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 335 (reverso) del cuaderno No. 2 del expediente.

⁹⁴ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 336 del cuaderno No. 2 del expediente.

De otro lado, como se indicó en el acápite anterior, la información del consumo utilizada por la **SSPD** para realizar el cálculo del componente de *Generación*, fue suministrada mensualmente por **E.E PUTUMAYO** como respuesta a los requerimientos realizados desde la **DTGE**, por lo que no es de recibo para el Despacho que ahora la empresa indique, que existen diferencias en los datos utilizados para el cálculo.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptaran los recálculos realizados por **LA RECURRENTE**, las diferencias alegadas son igualmente el resultado del incumplimiento regulatorio en que incurrió la empresa, pues al margen de que a los usuarios se les haya cobrado o no un valor inferior al que se debía, lo que se sanciona es la indebida aplicación de la metodología tarifaria.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que **E.E PUTUMAYO** igual que como lo hizo en el análisis del cargo primero, tomó como referencia para sus nuevos cálculos, el consumo "*kWh-mes Regulado (Liquidación XM)*", y como se señaló previamente, dicho consumo es un referente inadecuado para realizar el cálculo de las tarifas de energía eléctrica debido a que no corresponde a las ventas de la empresa, las diferencias señaladas por **LA RECURRENTE** no serán tenidas en cuenta.

4.5.2.1.3. Del cuarto cargo

Igualmente, en relación con el cuarto cargo **LA RECURRENTE** señaló haber encontrado diferencias, a causa de los recálculos de los componentes tarifarios de los otros cargos.

En ese sentido, indicó:

"Los valores positivos en el recuadro de diferencias en subsidios, indica que E.E. PUTUMAYO concedió más subsidios a los usuarios del que debería. En promedio mensual se reconoció 2,94 \$/kWh para el estrato 1, 2,96 \$/kWh para estrato 2, lo cual difiere de lo expuesto en el párrafo antepenúltimo del numeral 3.6.4:

(...)

Así mismo, en el recuadro de diferencias en contribuciones se le cobró al usuario comercial e industrial de más un promedio mensual de 0,6 \$/kWh. Teniendo en cuenta que en la energía de los usuarios contribuyentes es de aproximadamente 922.824 kWh-mes para el periodo investigado, el valor cobrado por contribución únicamente es un 24,4% de lo que indica el último párrafo del numeral 6.3.4 como se observa a continuación⁹⁵.

Al respecto, y pese a que **E.E PUTUMAYO** señale que, con los nuevos cálculos del CV, el G y el P, el impacto: (i) en el otorgamiento de subsidios, fue haberlos otorgado de más, y (ii) en el cobro de contribuciones, fue haber cobrado de más a los usuarios comerciales e industriales; la conducta imputada no deja de ser reprochable, y, por el contrario, lo afirmado solo demostraría y ratificaría aún más el incumplimiento endilgado.

Si con sus afirmaciones **LA RECURRENTE** espera ser eximida, el Despacho debe precisar que, el hecho que los usuarios comerciales e industriales hayan tenido que aportar más por concepto de contribuciones, para subsidiar en mayor proporción a los usuarios de estratos 1 y 2, solo reafirma su reprochable conducta que terminó afectado a ciertos usuarios, en beneficio de otros.

Por lo expuesto, los argumentos planteados en este acápite, no tienen la virtualidad de desacreditar la responsabilidad de **E.E PUTUMAYO** ya demostrada a lo largo de la actuación administrativa.

4.5.2.2. De la caducidad de la facultad sancionatoria de la SSPD

E.E PUTUMAYO solicitó a la **SSPD** revisar respecto a cada cargo imputado, si se configuró o no el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria.

⁹⁵ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 337 (reverso) del cuaderno No. 2 del expediente.

Al respecto **LA RECURRENTE** señaló:

"(...) procede E.E. PUTUMAYO a enunciar los hechos en los cuales pone a consideración de la SSPD la facultad sancionatoria en la presente actuación administrativa:

- *Respecto a los descritos en el cargo primero. Debe entenderse que la facultad sancionadora de la SSPD podría encontrarse caducada frente a los hechos ocurridos entre noviembre de 2015 y el 20 de agosto de 2018.*
- *Respecto a los descritos en el cargo segundo. Debe entenderse que la facultad sancionadora de la SSPD podría encontrarse caducada frente a los hechos ocurridos entre mayo y el 20 de agosto de 2018.*
- *Respecto a los descritos en el cargo tercero. Debe entenderse que la facultad sancionadora de la SSPD podría encontrarse caducada frente a los hechos ocurridos entre mayo y el 20 de agosto de 2018.*
- *Respecto a los descritos en el cargo cuarto. Debe entenderse que la facultad sancionadora de la SSPD podría encontrarse caducada frente a los hechos ocurridos entre noviembre de 2015 y el 20 de agosto de 2018.*

En consecuencia, la facultad sancionadora de la SSPD podría haberse encontrado caducada respecto de todos los hechos por los cuales la empresa fue sancionada y que ocurrieron antes del 20 de agosto de 2018. Pues, tal como lo establece el artículo 52 del CPACA, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios debió expedir el acto administrativo sancionatorio y notificarlo, dentro los tres (03) años siguientes a la ocurrencia de los hechos (...)”⁹⁶.

En primer lugar, es importante puntualizar que, contrario a lo señalado por **LA RECURRENTE**, las conductas objeto de esta investigación se ejecutaron de forma continuada e ininterrumpida, lo que se tradujo en una indebida aplicación de ciertos componentes de fórmula tarifaria, conducta que ostentó una permanencia en el tiempo. En esa medida no es posible predicar la ocurrencia del fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria, toda vez que las conductas de **E.E PUTUMAYO** se prolongaron de forma continua en el tiempo de manera ininterrumpida así:

- Para el cargo primero, durante el periodo comprendido entre noviembre de 2015 y septiembre de 2018.
- Para el cargo segundo, durante el periodo comprendido entre mayo y septiembre de 2018.
- Para el cargo tercero, durante el periodo comprendido entre mayo y septiembre de 2018.
- Para el cargo cuarto, durante el periodo comprendido entre noviembre de 2015 hasta septiembre de 2018.

En relación con el cómputo del término de caducidad en las conductas continuadas, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 dispone lo siguiente:

“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 (...).*

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

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

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 8 de febrero de 2018⁹⁷, explicó a partir de qué momento se computa el término previsto en la norma. Al respecto indicó: **(i)** a partir de la ocurrencia del hecho consumado en el momento mismo de su realización –*para infracciones instantáneas-*; **(ii)** a partir de la fecha en la que cesa la conducta –*para infracciones continuadas o permanentes-*; y **(iii)** para infracciones homogéneas, que consisten en la repetición de un acto

⁹⁶ Cfr. **Carpeta pública:** Folio 338 (reverso) del cuaderno No. 2 del expediente.

⁹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del ocho (8) de febrero de 2018. Radicación número: 25000-23-24-000-2008-00045-02.

contrario a la norma, desde la fecha en que se produce cada hecho de forma autónoma – *infracciones reiteradas*–.

En materia de infracciones al régimen de servicios públicos, para distinguir las conductas continuadas de las reiteradas, resulta necesario interpretar la norma infringida y la conducta ejecutada. Así, ante los eventos en los cuales una conducta se presenta de forma genérica, uniforme y transversal, la infracción resulta continuada. Por el contrario, en los eventos en los cuales la conducta resulte particular, concreta y de ejecución instantánea, aunque repetida, la infracción resulta reiterada, conforme lo sostenido por el Consejo de Estado en sentencia del 12 de julio de 2018⁹⁸.

A su vez, en sentencia posterior de fecha 5 de diciembre de 2019, el Consejo de Estado desarrolló la anterior línea argumentativa, al señalar que las conductas ilegales continuadas se identifican, entre otros factores, por su actividad permanente –*como la actividad de facturación*– y la constitución de un proceso que da lugar a la infracción –*como la lectura del consumo y la consecuente expedición de la factura, etc.*–, de tal forma que la misma cesa con la finalización del último acto que da lugar a la infracción, y desde este momento, se contabiliza el término de caducidad. Veamos:

“En efecto, uno de los puntos objeto de discusión lo fue el de determinar si la conducta desplegada por [la empresa] y que fue objeto de reparos por la SSPD era instantánea (como lo aduce la ESP) o continuada (como lo asevera la demandada); es decir, corresponde definir primeramente si el cobro que realizó una empresa de servicios públicos de aseo a sus suscriptores en un periodo determinado y supuestamente utilizando una metodología ajena al alcance de las normas que regulan la materia, corresponde a una conducta de ejecución instantánea.

Revisados los antecedentes administrativos, lo que encuentra la Sala es que la investigación sancionatoria tuvo lugar al haberse constatado que, desde enero de 2007 hasta el 1 de junio de 2008, la accionante venía facturando el servicio público de aseo a sus suscriptores en varios municipios del Departamento del Valle del Cauca, al amparo de una metodología para el cálculo de la tarifa que desconocía, en el criterio de la Superintendencia, las normas que regulaban ese preciso tópic.

(...)

Tales periodos de tiempo son además aceptados por las partes en sus intervenciones, pues la SSPD alude a ello en su escrito de contestación y el Tribunal así lo verificó, sin que la parte actora haya manifestado disenso al respecto.

En tal escenario, se halla demostrado que esa infracción se prolongó en el tiempo, lo que la enmarca en la segunda de las conductas posibles en el régimen sancionatorio administrativo; es decir, se trata de una conducta ilegal continuada en tanto que la facturación se expide permanentemente, habida cuenta de que constituye todo un proceso que comienza con la lectura del consumo de cada usuario de acuerdo con cada sector de los mismos, entre otros factores, hasta la expedición de dicho documento.

*Siendo ello así, en lo que hace al análisis de si el ejercicio de la potestad sancionatoria se produjo en tiempo, lo que se observa es que, al tratarse de una infracción continuada, el término para entender procedente la imposición de la sanción debe comenzar a contabilizarse cuando (...) cesó en la facturación del servicio público de aseo reprochada por la SSPD, es decir, desde el 1º de junio de 2008 (...)*⁹⁹ (Énfasis agregado).

Pues bien, los incumplimientos normativos de **E.E PUTUMAYO** se configuraron respecto a la metodología que estableció la **CREG** para que los prestadores del servicio de energía eléctrica establecieran los costos de prestación del servicio a los usuarios. En un caso similar, aunque referido a una Resolución de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“(…) [e]n cuanto a la violación del artículo 9 de la Resolución CRA 351 de 2005, hay que decir que esta normativa consagra la metodología para definir las tarifas para el costo de comercialización por factura cobrada al suscriptor. La diferencia que surge entre la empresa accionante y la autoridad demandante, en lo que versa a este punto, tiene que ver con la forma de interpretar dicho precepto.

⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del doce (12) de julio de 2018. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00277-01

⁹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 5 de diciembre de 2019. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00295-01

Esto significa que su violación, a partir de esa circunstancia específica, no puede ser vista como una sucesión de actos reiterativos, sino como una conducta de ejecución continuada, pues la hermenéutica de la norma alcanza de manera uniforme el tiempo en el que se aplique tal criterio, valga decir, aceptado en este caso por [la empresa] como el derrotero único que debió gobernar su relación con los usuarios y suscriptores en lo que atañe al componente tarifario en cuestión¹⁰⁰ (Énfasis agregado).

Así, los cargos imputados en la presente investigación corresponden a una conducta de ejecución continuada, en atención a que implicaron incumplimientos a la normativa que consagra la metodología para determinar el valor cobrado a los usuarios por el servicio de energía eléctrica. Nótese que la comisión de las infracciones (que se prolongaron por varios años) tuvieron un hecho que los unió y concatenó, además de que tuvieron vocación de permanencia.

En consecuencia, conforme a la formulación de los cargos y lo establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, la **SSPD** no había perdido su competencia, ni siquiera de manera parcial, para sancionar las conductas reprochadas en el Pliego de Cargos al momento de proferirse la **Resolución Sancionatoria**.

4.5.2.3. De la aplicación del principio de favorabilidad

LA RECURRENTE indicó que en virtud del principio de favorabilidad *“la normatividad sobre la temporalidad que debe utilizarse en la aplicación de las tasas de oportunidad para el cálculo del costo unitario de prestación del servicio (CU) más favorable a la E.E. PUTUMAYO es que dicho plazo corresponde a una anualidad y no a una mensualidad”*¹⁰¹.

Para desarrollar dicho argumento **E.E PUTUMAYO** expuso lo siguiente:

“El reconocimiento de este principio se fundamenta en los siguientes aspectos:

- a. La norma posterior, Resolución CREG 019 de 2018, deroga expresamente la norma anterior, el artículo 12 de la Resolución CREG 180 de 2014.
- b. La interpretación del artículo 12 de la Resolución CREG 180 de 2014 sobre el tiempo para aplicar las tasas de oportunidad en la fórmula tarifaria es que corresponde a un año.
- c. Debido a las diferentes interpretaciones de los agentes se realizó un proceso de consulta con el fin de modificar la norma inicial.
- d. La norma posterior, Resolución CREG 019 de 2018, modifica el artículo 12 de la Resolución CREG 180 de 2014, disponiendo que el periodo a ser aplicado es mensual.
- e. La norma anterior favorece a la E.E. PUTUMAYO.

*Expuesto lo anterior, se considera que respecto a la sanción del Cargo Primero es aplicable este principio de favorabilidad para el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2015 hasta febrero del 2018 (...)”*¹⁰².

Al respecto, en primer lugar, si bien **LA RECURRENTE** menciona en su escrito el artículo 12 de la Resolución CREG 180 de 2014 que se refiere al “costo variable de comercialización”, el Despacho entiende que se refiere al artículo 18 de la misma resolución, que corresponde a los “costos financieros”, pues de lo contrario, no tendría sentido el argumento propuesto.

En ese orden y en segundo lugar, el principio de favorabilidad es un postulado derivado de la garantía del debido proceso, en virtud del cual, cuando la ejecución de una conducta sancionable se da en el tránsito entre dos o más normas que regulan de modo distinto la forma de sancionar esa conducta, para la imposición del sanción deberá escogerse aquella norma que resulte más benévola o favorable para los intereses de los responsables, independientemente de que la norma más severa hubiese estado vigente al momento de la comisión de la conducta en cuestión.

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 25000-23-24-000-2012-00277-01. Julio 12 de 2018.

¹⁰¹ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 340 del cuaderno No. 2 del expediente.

¹⁰² Cfr. **Carpeta pública**: Folio 340 del cuaderno No. 2 del expediente.

Justamente, el Consejo de Estado a través de concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, se refirió a la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria, y al respecto señaló:

"(...) para dar cumplimiento al mandato constitucional y aplicación al principio de favorabilidad, basta con que en el momento de definir administrativamente la o las sanciones procedentes respecto de cada uno de los correspondientes infractores de las normas sobre transporte, se dé aplicación a las disposiciones de las normas que resultan más favorables para ellos.

Así, si no se ha iniciado el proceso, como no desapareció la conducta tipificada sino que disminuyó la sanción a imponer, el proceso se debe iniciar y en el momento de decidir se aplicará la nueva norma que disminuye la sanción. Si el proceso ya se había iniciado y no se ha fallado o decidido, del mismo modo en el momento de la toma de la decisión se tendrá en cuenta la nueva norma que establece una sanción más favorable al inculpado. Si el proceso ya se había fallado y la sanción se cumplió no resulta posible disminuir la sanción, pues se cumplió conforme a las disposiciones entonces vigentes. Si se falló o decidió el proceso y la correspondiente providencia está en firme pero no se ha cumplido la sanción, corresponde realizar un nuevo pronunciamiento administrativo a fin de ajustar la sanción a la nueva norma más favorable, en actuación debidamente motivada fundada justamente en la existencia de esa nueva norma más favorable, previa solicitud del interesado"¹⁰³.

Nótese como, para que haya lugar a dar aplicación a este principio, el cambio normativo debe recaer sobre la norma que determine las sanciones procedentes, respecto al infractor¹⁰⁴; caso en el cual, se dará aplicación a las disposiciones que resulten más favorables.

En este caso, **LA RECURRENTE** equivocadamente pretende que sea aplicado el principio de favorabilidad, en relación con una de las normas que determinaba su conducta respecto al cargo primero, esto es, el artículo 18 de la Resolución CREG 180 de 2014, cuando claramente ese no es propósito del principio.

De hecho, no es preciso referirse a la **aclaramiento** que hizo la Resolución CREG 019 de 2018 de la Resolución CREG 180 de 2014, como un tránsito normativo en el cual se pueda contemplar la aplicación del mencionado principio, pues como se explicó previamente, la Resolución CREG 019 de 2018 no modificó lo establecido en la Resolución del 2014.

Por lo anterior, para el Despacho es contrario a la buena fe el hecho que, **E.E PUTUMAYO** a partir de su propio error de interpretación y aplicación de la norma que regía su conducta, busque ser beneficiado con el principio de favorabilidad, y en ese sentido, y teniendo en cuenta que como se expuso previamente, el principio de favorabilidad debe aplicarse cuando dos o más normas regulan de modo distinto la forma de sancionar una conducta, lo cual no sucedió en el presente caso, el Despacho no dará aplicación a alegado beneficio.

4.5.2.4. De la violación al derecho al debido proceso

E.E PUTUMAYO consideró que la **SSPD** vulneró su derecho al debido proceso, al no haberle comunicado previo a la formulación de cargos, la existencia de méritos para iniciar la investigación.

LA RECURRENTE así lo expuso:

"Para contextualizar el presente incumplimiento efectuado por LA SSPD en el proceso objeto de este recurso, nos debemos remitir al contenido de los MEMORANDOS SSPD No. 20182200136203 del 17 de diciembre de 2018 y SSPD No. 20192200084873 del 28 de agosto de 2019, a través del cual LA DTGE (sic) remitió a LA DIEG (sic), el informe técnico de gestión (IG) recomendando que, de existir mérito, se iniciara una investigación administrativa sancionatoria contra E.E. PUTUMAYO.

Sobre los anteriores memorandos, es menester indicar que, en los términos del artículo 4º de la Ley 1437 de 2011, fue a través de EL IG (sic) que se inició la actuación administrativa contenida en el expediente No. 2019240350600001E. LA SSPD elaboró EL IG (sic) a través de la DTGE, área técnica de la entidad que actuó en ejercicio de las funciones contempladas en el numeral 10 del artículo 15 del Decreto 990 de 2002 (...)

¹⁰³ Concepto Sala de Consulta C.E. 1454 de 2002 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

¹⁰⁴ En la presente actuación administrativa, la norma de determinó y determina las sanciones procedentes contra un prestador de servicios públicos domiciliarios como **E.E PUTUMAYO**, que infringe su régimen normativo, es el artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

Por lo tanto, la DTGE en ejercicio de esas facultades, elaboró el respectivo Informe de Gestión en contra de E.E.PUTUMAYO, en donde estableció la presunta comisión de violaciones a disposiciones legales y regulatorias¹⁰⁵.

Acto seguido, **LA RECURRENTE** recapituló las actuaciones que realizó la **DTGE** para determinar los presuntos incumplimientos que remitió a la **DIEG** a través de los memorandos No. 20182200136203 del 17 de diciembre de 2018 y No. 20192200084873 del 28 de agosto de 2019, y frente a las mismas señaló:

"De las anteriores actuaciones adelantadas por parte de la DTGE, se puede desprender concretamente que esta área técnica se encontraba realizando unas averiguaciones preliminares, con el fin de llegar a un resultado preciso y concreto, el cual no era otro distinto que, establecer la existencia de méritos para adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio.

(...) Al respecto, se puede inferir que la DIEG tuvo pleno conocimiento desde el 16 de marzo de los elementos facticos, jurídicos y probatorios que contenía el IG, y todos los respectivos alcances al mismo, no obstante, la DIEG no comunicó a E.E. PUTUMAYO el inicio de la presente actuación administrativa, y la existencia de méritos para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio.

De todo lo anterior se tiene que, la SSPD a través de la DIEG, en ejercicio de las funciones contempladas en el artículo 16 del Decreto 990 de 2002, en especial las contenidas en los numerales 1, 4, 11, y 1331, debió dar estricto cumplimiento a las formalidades procedimentales establecidas por el legislador en el artículo 35 y 47 de la Ley 1437 de 2011, esto es, comunicar a E.E.PUTUMAYO la existencia de méritos para iniciar el trámite administrativo sancionatorio por todas las conclusiones que se encontraban dispuestas en el IG.

(...)

Por lo tanto, al tenor del artículo 35 y 47 de la Ley 1437 de 2011, cuando se inicien las actuaciones administrativas de oficio, y en caso de existir mérito, deberá comunicarse a los afectados, previo a la expedición del acto administrativo que formule cargos.

Finalmente, es importante indicar que esta situación no solo quebranto las garantías procedimentales de E.E.PUTUMAYO en la actuación administrativa objeto de estudio, esta omisión afectó las garantías sustanciales, teniendo en cuenta que esta omisión reviste de vicios el material probatorio que se tuvo en cuenta en el IG, el cual, como se expuso en el presente acápite, es el mismo y único que tuvo en cuenta la SSPD para tomar la decisión final¹⁰⁶.

Sobre este particular, es preciso señalar que, según el artículo 47 del Ley 1437 de 2011, las actuaciones administrativas pueden iniciarse de oficio. En ese orden de ideas, en el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia la **SSPD**, a través de las Direcciones Técnicas puede advertir la existencia de una presunta infracción que sea objeto de su competencia, para que las Direcciones de Investigaciones determinen si existe mérito para iniciar una investigación.

Así las cosas, se precisa que, a través de los informes técnicos de gestión, las Direcciones Técnicas dan a conocer la existencia de presuntas violaciones al régimen de los servicios públicos por parte de las empresas prestadoras, para que sean las Direcciones de Investigaciones quienes, en ejercicio de sus funciones de control, determinen la existencia de mérito para iniciar una actuación administrativa sancionatoria. Así lo dispone el numeral 1 del artículo 21 del Decreto 1369 de 2020:

"Artículo 21. Direcciones de Investigaciones. Son funciones de las Direcciones de Investigaciones, las siguientes:

1. Adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio frente al incumplimiento de las leyes, contratos y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos domiciliarios.

(...)".

Lo anterior, si se tiene en cuenta que, con la información que posea la **DTGE** a través de una denuncia o a través del desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, y demás funciones reglamentarias, es posible que la **DIEG** determine que existe mérito suficiente para formular Pliego de Cargos contra un determinado prestador de servicios públicos.

¹⁰⁵ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 341 (reverso) del cuaderno No. 2 del expediente.

¹⁰⁶ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 343 del cuaderno No. 2 del expediente.

Ahora bien, es preciso distinguir entre las diligencias adelantadas por la **DTGE** y las etapas procesales desplegadas en una actuación administrativa sancionatoria impulsada desde la **DIEG**, toda vez que no es dable asimilar los informes técnicos de gestión (siendo estos simples memorandos de recomendación de apertura de una investigación), con las piezas procesales propias de actuación administrativa (como el acto de inicio de averiguación preliminar), entendiendo por estas, actos administrativos que crean una situación jurídica específica, y que en el caso particular, corresponden al inicio de una investigación administrativa sancionatoria.

También es importante aclarar que, las averiguaciones preliminares son una fase facultativa¹⁰⁷ dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, que tienen como objetivo determinar la existencia de mérito para iniciar una investigación, porque de plano la autoridad administrativa no tiene certeza de la existencia de hechos que presuntamente representarían conductas sancionables, por ejemplo, porque no se cuenta con el material probatorio suficiente.

Que una entidad administrativa inicie averiguaciones preliminares, cuando tiene certeza de la existencia de hechos que presuntamente representarían conductas sancionables, atentaría contra el principio de economía procesal.

En el presente caso, no resultó necesario dar inicio a una fase de averiguaciones preliminares, ya que lo remitido por la **DTGE** (mediante los memorandos No. 20182200136203 del 17 de diciembre de 2018 y No. 20192200084873 del 28 de agosto de 2019), contenía la información necesaria y suficiente para expedir el Pliego de Cargos por medio del cual se inició la presente investigación administrativa sancionatoria y se formularon cargos a **E.E PUTUMAYO**, es decir, la **DIEG** podía establecer con dicha información y las pruebas que la soportaban los hechos que presuntamente representarían conductas sancionables.

Por lo anterior, se equivoca **LA RECURRENTE** al señalar que “fue a través de **EL IG** (sic) que se inició la actuación administrativa”, y que, en ese sentido, la **SSPD** debía comunicarle “la existencia de méritos para iniciar el trámite administrativo sancionatorio por todas las conclusiones que se encontraban dispuestas en el IG”. Por el contrario, este Despacho insiste en que, la actuación administrativa inició desde la formulación del Pliego de Cargos, y desde ese momento, se notificó a **E.E PUTUMAYO** para que ejerciera su derecho a la defensa y se manifestara frente al mismo.

En consecuencia, y tras verificar la idónea notificación del Pliego de Cargos, entendido este como la primera actuación desplegada en este proceso administrativo sancionatorio, así como la correcta comunicación y notificación de cada uno de los actos y pruebas que conforman el expediente, y que le han permitido a **LA RECURRENTE** ejercer sus derechos de contradicción defensa y debido proceso de forma oportuna, el Despacho rechaza el argumento de **E.E PUTUMAYO**, toda vez que no se acreditó ninguna irregularidad que afectara las garantías procesales dispuestas en su favor.

¹⁰⁷ La anterior conclusión coincide con lo indicado por esta Superintendencia, a través del concepto unificado No. 32 de 2016: “Ahora bien, el Libro de Memorias de la Ley 1437 de 2011 publicado por el Consejo de Estado, en su página 212, señala la calidad facultativa de las averiguaciones preliminares: ‘3. En el procedimiento administrativo sancionatorio concluidas las averiguaciones preliminares y de existir lugar a ello, se debe formular pliego de cargos. El procedimiento administrativo sancionatorio tiene prevista de manera facultativa, una etapa de averiguaciones preliminares. Concluida esta etapa preliminar u obviándose la misma, debe la Administración proferir acto administrativo de formulación de cargos, salvo que proceda el archivo de las diligencias. (...)’. En ese orden de ideas, esta etapa preliminar de averiguaciones no se configura como de carácter mandatorio, y por tanto, la Administración no está obligada a surtir especiales ritualidades en caso de considerar que requiere recopilar mayor información en orden a establecer si existen méritos o no para abrir una actuación administrativa sancionatoria”. (Subrayado fuera de texto). En el mismo sentido puede verse a Santofimio Gamboa, J. (2017) *Compendio de Derecho Administrativo*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. “Si la administración tiene en su poder suficiente información que le permita razonablemente sustentar fáctica y jurídicamente una infracción al ordenamiento con sujetos plenamente identificados podrá iniciar un trámite administrativo sancionador.” p. 477.

146

4.5.2.5. De la desproporcionalidad de la sanción y de la aplicación del principio de non reformatio in pejus

E.E PUTUMAYO realizó un amplio repaso de la normativa que regula la graduación y dosificación de las sanciones que está facultada a imponer la **SSPD**, al tiempo que reseñó la jurisprudencia y doctrina que se ha decantado sobre la materia¹⁰⁸.

Posteriormente, solicitó dar aplicación al principio de *non reformatio in pejus*, debido a su calidad de apelante único¹⁰⁹.

Asimismo, **LA RECURRENTE** solicitó a la **SSPD** tener en cuenta las siguientes consideraciones en aras de atenuar la multa impuesta:

- Plan de Acción realizado “con la finalidad de adelantar una auditoría integral a la plantilla de facturación utilizada por la empresa para el cumplimiento de esta actividad y con ello realizar las correcciones necesarias y procedentes a favor de nuestros usuarios”¹¹⁰.
- Situaciones particulares como el desastre natural ocurrido el 31 de marzo de 2017 en Mocoa y el impacto que ha tenido en su flujo de cada del ingreso regulado, debido a la aplicación de la Resolución CREG 015 de 2018¹¹¹.
- El impacto de la sanción en la situación financiera de la empresa¹¹².

Por último, **E.E PUTUMAYO** concluyó:

“Así las cosas, teniendo en cuenta que la Resolución de la SSPD No 20212400405965 del 18 de agosto de 2021 que impone una sanción en la modalidad de multa, y una vez expuestos los diferentes apartes normativos que existen al respecto, así como las diferentes situaciones particulares que afectan la situación de la empresa, pone a consideración de su despacho, la atenuación en la razonabilidad y proporcionalidad de la misma, teniendo en cuenta la actual situación financiera de la Empresa, las condiciones de Pandemia producto del COVID 19 por las cuales atraviesa el mundo, los cambios regulatorios por temas de tarifa, los eventos imprevistos de la naturaleza y las posibles repercusiones financieras que traería el pago de dicha multa poniendo en riesgo la correcta y adecuada prestación del servicio público domiciliario de energía en el departamento del Putumayo, región con grandes falencias en muchos sectores.

Finalmente, siendo este el panorama económico de la empresa de Energía del Putumayo, S.A. E.P.S. y que actualmente se encuentra a la espera de los pagos de subsidios por parte del estado, endeudada con diversas entidades financieras por los préstamos de maquinaria y equipos alquilados para el restablecimiento del servicio de energía en el Municipio de Mocoa, además de estar enfrentando varios procesos judiciales para el cobro de las pólizas y las afectaciones de la maquinaria sufrida con el desastre natural ocasionado por la avenida torrencial”¹¹³.

Al respecto se precisa que todas las circunstancias que rodearon las conductas que se sancionaron y las condiciones de la empresa investigada, fueron tenidas en cuenta al momento de imponer la sanción, y con fundamento en ello, se realizó un análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción. Sin embargo, pese a haberse hecho dicho análisis en el capítulo 4 de la **Resolución Sancionatoria**, **E.E PUTUMAYO** señaló que la multa impuesta tendría un fuerte impacto en su situación financiera, que ya de por sí, según indica, es gravosa a causa de las distintas situaciones sanitarias, económicas y medioambientales por las que ha atravesado en los últimos años.

En consideración a lo anterior, el Despacho pudo comprobar a partir de la información financiera de los años 2020 y 2021 reportada en el **SUI** y aportada a la investigación, que la multa impuesta no supone una carga económica que ponga en peligro la prestación del servicio de energía eléctrica a cargo de **LA RECURRENTE**, ni compromete su patrimonio o ingresos percibidos, y por el contrario, resulta adecuada a los fines de la norma que la autoriza, pues es

¹⁰⁸ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 343 (reverso) a 349 del cuaderno No. 2 del expediente.

¹⁰⁹ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 349 (reverso) a 350 del cuaderno No. 2 del expediente.

¹¹⁰ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 350 (reverso) a 351 del cuaderno No. 2 del expediente.

¹¹¹ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 351 (reverso) a 356 (reverso) del cuaderno No. 2 del expediente.

¹¹² Cfr. **Carpeta pública**: Folio 357 a 359 del cuaderno No. 2 del expediente.

¹¹³ Cfr. **Carpeta pública**: Folio 359 del cuaderno No. 2 del expediente.

proporcional a los hechos le sirvieron de causa, al no resultar "excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"¹¹⁴.

Se precisa que, tal como ha sido concebida jurisprudencialmente, la multa "(...) es una manifestación de la potestad punitiva del Estado que refleja el monopolio del poder coercitivo y el reproche social de la conducta de quien quebranta el orden público"¹¹⁵, lo que la convierte en una carga obligacional de quien infringe el ordenamiento jurídico. Así, el ejercicio de la facultad sancionatoria de la **SSPD** no implica *per se* una vulneración a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

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

Así las cosas, se despachará desfavorablemente el argumento presentado en este acápite, y el valor de la multa impuesta en la **Resolución Sancionatoria** será confirmado.

4.6. CONCLUSIÓN

Como se expuso a lo largo de esta decisión, la finalidad de la presente investigación administrativa sancionatoria era determinar si **E.E PUTUMAYO** vulneró de múltiples formas la metodología tarifaria vigente, hechos que se demostraron a partir del material probatorio que reposa en el expediente y por los cuales fue sancionada en la **Resolución Sancionatoria**.

En ese orden de ideas, ya que los argumentos esgrimidos en el recurso de reposición relacionados con los cuatro cargos no lograron desacreditar la responsabilidad de la empresa en la comisión de dichas conductas, como tampoco probar alguna circunstancia que implicara la modificación, aclaración o modulación de la **Resolución Sancionatoria** este Despacho procederá a confirmar íntegramente la referida Resolución SSPD No. 20212400405965 del 18 de agosto de 2021.

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

RESUELVE

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

ARTÍCULO SEGUNDO: NEGAR las peticiones realizadas por la **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PUTUMAYO S.A. E.S.P.** mediante la comunicación SSPD No. 20215292493452 del 6 de septiembre de 2021.

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en su integridad la Resolución SSPD No. 20212400405965 del 18 de agosto de 2021, mediante la cual se impuso una sanción en la modalidad de **MULTA** a la **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PUTUMAYO S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT 846.000.241-8, por un valor de **MIL MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO VEINTISÉIS PESOS M/CTE (COP \$1.000.287.126)**.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución a la **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PUTUMAYO S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT 846.000.241-8, a través de su representante legal o quien haga sus veces, al correo electrónico

¹¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-194 del 2 de marzo de 2005 (Exp. D-5349), Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

correspondencia@energiaputumayo.com¹¹⁶, con la entrega de una copia de la misma y con la advertencia de que contra esta decisión no procede ningún recurso.

ARTÍCULO QUINTO: INFORMAR a la **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PUTUMAYO S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT 846.000.241-8, 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 “*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 corresponde al cumplimiento de lo establecido en la presente Resolución.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NÁTASHA AVENDAÑO GARCÍA

SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Proyectó: Tatiana Díaz Morales – Abogada de la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.
Revisó: Miguel Ángel Lozada Urrego– Director de Investigaciones para Energía y Gas Combustible.
Revisó: Lorenzo Castillo Barvo – Asesor del Despacho de la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

¹¹⁶ De conformidad con la autorización del radicado No. 20215292493452 del 6 de septiembre de 2021, que reposa a folio 360 del cuaderno No. 2 del expediente.