JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Expediente:	11001-33-34-002-2019-00317-00
Demandante:	Codensa S.A.
Demandado:	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
Tema:	Sanción por falla en la prestación del servicio

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró Codensa S.A. en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

> *"PRIMERA: Que se revoque la No. SSPD 20182400036545 del 12 de abril de 2018, mediante la cual se resolvió imponer una multa a Codensa por un valor de QUINCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS (COP $ 15.624.840) equivalente a 20 SMLMV que posteriormente fue confirmada a través de la Resolución No. 20192400010955 del 29 de abril de 2019.*
>
> *SEGUNDA: Que como consecuencia de la petición primera se restablezca el derecho de Codensa restituyéndose la suma QUINCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS (COP $ 15.624.840).*
>
> *TERCERA: Que la condensa sea indexada y se ordene el pago de los intereses correspondientes, según el Código General del Proceso, desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se haga efectivo el pago de la sentencia.*
>
> *CUARTA: Se condene en costas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios".*

2. Cargos

La parte demandante consideró que los actos administrativos demandados estarían viciados de nulidad al haberse configurado los siguientes cargos de nulidad:

2.1. Violación al debido proceso

Adujo que la Superintendencia demandada, únicamente, informó sobre la procedencia del recurso de reposición en contra de la Resolución SSPD-20182400036545 del 12 de abril de 2018, pese a que en contra de este acto administrativo también sería procedente el de apelación, de conformidad con lo previsto en el artículo 113 de la Ley 142 de 1994.

Señaló que fue sancionada por un cargo distinto al que se formuló en el pliego de cargos contenido en el acto administrativo 20172401152011 del 17 de agosto de 2017; circunstancia que habría conllevado a la vulneración al derecho de defensa y contradicción.

Explicó que, si bien se le imputó el hecho que la compensación efectivamente realizada a las facturas de la señora Nancy Pico Cuervo, en su calidad de usuaria peor servida, habría superado el costo de distribución, lo cierto es que habría sido sancionada por el cálculo de una compensación estimada, pero no aplicada.

Agregó que la demandada, mediante la resolución 20182400146101 del 12 de febrero de 2018, pretendió aclarar o corregir el acto administrativo que formuló pliego de cargos; empero, dijo, materialmente ello no sucedió, porque la Administración realmente modificó los fundamentos por los cuales se inició la actuación administrativa sancionatoria, mediante la variación del cargo inicialmente imputado. Esto, con aplicación indebida de lo prescrito en los artículos 41 y 45 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Falsa motivación

Manifestó que, contrario a lo concluido en los actos administrativos acusados, no habría incurrió en la falla en la prestación del servicio, de que trata el artículo 136 de la Ley 142 de 1994, puesto que, no incumplió con lo previsto en el numeral 11.2.4.1 del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008.

Esbozó que para la transgresión a lo preceptuado en el mencionado numeral, sería necesario que se comprobara la ocurrencia de las dos situaciones de hecho allí contenidas; entonces, como en el presente caso no se habría acreditado el aumento en el índice trimestral de la

discontinuidad con respecto al periodo histórico y por encima de la banda de indiferencia, la infracción sancionada nunca se configuró.

Añadió que tampoco se habría configurado la infracción finalmente sancionada, toda vez que la compensación de la usuaria Pico Cuervo resultó superior al costo del servicio de distribución facturado en mayo de 2015, con ocasión a variables que se encontrarían fuera de su control como operador de red, pero no a la calidad del servicio prestado.

3. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contestó la demanda y se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas por la parte actora.

Mencionó que en la actuación administrativa que se adelantó en contra de la sociedad demandante no resultaba procedente el recurso de apelación en contra del acto definitivo, toda vez que, según el inciso segundo del artículo 113 de la Ley 142 de 1994, ello únicamente sería procedente frente a decisiones adoptadas por funcionarios delegados diferentes al presidente de la República.

Afirmó que los actos acusados fueron proferidos con sustento en las facultades otorgadas a la Superintendencia por desconcentración jerárquica, mas no por delegación. Por tanto, el recurso de apelación en contra de las resoluciones sancionatorias no sería procedente.

Refirió, de otro lado, que el acto administrativo 20182400146101 del 12 de febrero de 2018 corrigió el acto administrativo que formuló pliego de cargos, pero no lo modificó en nada, pues, únicamente aclaró aspectos meramente técnicos. Con todo, aseguró que, con el ánimo de salvaguardar el debido proceso, corrió traslado del acto de corrección al demandante para que ejerciera su derecho de defensa.

Aludió que los actos acusados no fueron expedidos con falsa motivación, en tanto no hubo inexistencia de los fundamentos de hecho y de derecho en los mismos; por el contrario, quedó demostrado que se motivaron en que Condensa S.A. presentó un servicio de energía sin el cumplimiento de los criterios de calidad y continuidad.

Indicó que no sería necesario que se presenten las dos situaciones previstas en el numeral 11.2.4.1 del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008.

4. Actividad procesal

El 21 de enero de 2020, el Juzgado admitió la demanda y, en consecuencia, ordenó las notificaciones de rigor[1].

El 3 de agosto de 2020, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contestó la demanda[2].

El 27 de abril de 2021, el Despacho anunció que el asunto de la referencia cumplía con los requisitos necesarios para proferir sentencia anticipada, por manera que procedió a fijar el litigio. Esto, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

El 19 de julio de 2021, fueron incorporados como pruebas los documentos aportados con el escrito de demanda y su correspondiente contestación.

El 14 de septiembre de 2021, se corrió traslado, por el término común de diez (10) días, para que las partes presentaran sus respectivos alegatos de conclusión.

5. Alegatos de conclusión

La parte demandante y demandada prestaron sus correspondientes alegatos de conclusión, en los que reiteraron los argumentos esbozados en el escrito introductorio y la contestación.

II. CONSIDERACIONES

Agotados los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado hasta la fecha, el Juzgado procederá a dictar sentencia de primera instancia dentro de la demanda promovida por Codensa S.A. en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Con esta finalidad, el Despacho seguirá el siguiente derrotero: i) problema jurídico; ii) caso concreto; iii) conclusiones; y iv) condena en costas.

2.1. Problema Jurídico

Los problemas jurídicos planteados en la fijación del litigio, son los que siguen:

[1] *Folio 518 del cuaderno principal del expediente.*
[2] *Folios 529 al 535 ibídem.*

- *¿Vulneró, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el debido proceso de la sociedad demandante, al no dar trámite al recurso de apelación, presentado en contra de la Resolución 20182400036545 del 12 de abril de 2018, pese a que este era procedente?*

- *¿Pretermitió, la entidad demandada, el derecho de defensa y contradicción, al sancionar a Codensa S.A. ESP, por un cargo diferente al formulado en la etapa de investigación?*

- *¿Incurrió, la Superintendencia accionada, en falsa motivación al imponer la sanción, como quiera que del material probatorio obrante en el expediente administrativo no se demostró que hubiera presentado la falla en el servicio establecida en el artículo 136 de la Ley 142, teniendo en cuenta que no se cumplió el numeral 11.2.4.1 del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008?*

- *¿Profirió, la autoridad demandada, el acto administrativo acusado de nulidad con falsa motivación, por cuanto, habría sancionado a la demandante con base en la infracción contenida en el numeral 11.2.4.3. del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008, sin tener en cuenta que Codensa S.A. no compensó valores superiores al costo del servicio de distribución facturado al usuario?*

2.2. Caso concreto

A continuación, el Juzgado procederá a solventar las preguntas de orden jurídico puestas de presente con antelación, en el orden que sigue:

2.2.1. *¿Vulneró, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el debido proceso de la sociedad demandante, al no dar trámite al recurso de apelación, presentado en contra de la Resolución 20182400036545 del 12 de abril de 2018, pese a que este era procedente?*

Para comenzar, se recuerda que Condensa S.A. afirmó que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios únicamente informó sobre la procedencia del recurso de reposición en contra de la Resolución SSPD - 20182400036545 del 12 de abril de 2018, pese a que en contra de este acto administrativo también sería procedente el de apelación, de conformidad con lo previsto en el artículo 113 de la Ley 142 de 1994.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera esclarecedor acudir al contenido del artículo mencionado, así:

> *"ARTÍCULO 113. RECURSOS CONTRA LAS DECISIONES QUE PONEN FIN A LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. Salvo esta Ley disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas* ***sólo cabe el recurso de reposición****, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación.*
>
> *Pero,* ***cuando haya habido delegación de funciones, por funcionarios distintos al Presidente de la República, contra los actos de los delegados cabrá el recurso de apelación****.*
>
> *Durante el trámite de los recursos pueden completarse las pruebas que no se hubiesen alcanzado a practicar".* (Se destaca)

A partir de la norma en cita, se evidencia que la procedencia del recurso de apelación, el cual la parte demandante se queja de no haber podido ejercer en contra del acto administrativo sancionatorio, únicamente procede en contra de las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas, cuando son expedidas por funcionarios distintos al Presidente de la República, en virtud de una delegación de funciones.

Bajo este entendido, para esclarecer si en el presente asunto era procedente el recurso de apelación, como lo considera la parte demandante, es necesario determinar el origen de la competencia con que actuó el superintendente delegado que expidió los actos administrativos demandados.

Para ese cometido ha de considerarse que el Consejo de Estado zanjó esta problemática frente a los actos de los superintendentes delegados de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En efecto, en reciente providencia del 13 de mayo de 2021[3], la aludida Corporación comenzó por señalar que *"[…] ante la aparente contradicción de un artículo de la Ley 142 de 1994 y alguno de otra norma de rango legal, como la Ley 589 de 1998, el operador normativo, en atención del criterio de prevalencia, habrá de determinar si la especialidad en materia de servicios públicos domiciliarios que ostenta la Ley 142 de 1994, abarca también, asuntos relativos a procedimientos administrativos",* como es el caso del relativo a los recursos que proceden en contra de los actos administrativos, contenido en los artículos 106 y 115 de esa legislación.

Por consiguiente, señaló que *"[…] cuando sea necesario determinar cuáles recursos son los procedentes en contra de los actos administrativos que*

[3] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021). Rad. 25000-23-24-000-2004-01160-01.*

ponen fin a la actuación en materia de servicios públicos domiciliarios, obligatoriamente tendrá que aplicarse el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 […]"

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de la designación de funciones que pudiera realizar el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo adujo:

> *"Cuando la SSSPD actúa a través de sus agentes, sea el Superintendente, los Superintendentes Delegados o los funcionarios en los que el Superintendente delegue alguna facultad, deberá tenerse presente que la facultad primigenia de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios es del Presidente de la República y, por tanto, estos actuarán como sus agentes, en mandato de la designación de tales funciones por la Ley […]*
>
> *124. En el mismo sentido, esta Sala, en sentencia de 1 de noviembre de 2019 acogió los argumentos expuestos en sentencia del 26 de noviembre de 2009, al pronunciarse sobre la competencia del Superintendente Delegado para Energía y Gas de la SSPD para imponer sanciones.* ***En dicho pronunciamiento, se determinó que la designación de funciones que hiciere el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios en sus delegados no puede tenerse como un acto de delegación propiamente dicho del Superintendente.***
>
> *125. En esa oportunidad se explicó que* ***la asignación de funciones que efectúa el Superintendente obedece a 'un proceso de desconcentración intraorgánica o jerárquica de funciones, prevista desde la misma Ley 142 de 1994****, en tanto su artículo 75 le atribuye la facultad de inspección y vigilancia de la que constitucionalmente es titular el Presidente de la República, tanto al Superintendente como a los delegados de éste, y es sabido que esa facultad envuelve la de imponer sanciones según la ley'.*
>
> *[…]*
>
> *142. En consecuencia, la existencia del acto administrativo de delegación no tiene la virtualidad de desnaturalizar la función que se delega. En otras palabras, cuando el Superintendente delega la función atribuida por el numeral 25 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, esta sigue siendo primigeniamente la facultad constitucional del presidente de la República, que por lo dispuesto en el artículo 370 superior ejercerá a través del Superintendente y sus delegados. En ese sentido, contra las decisiones que tome el delegatario procederán únicamente el recurso de reposición, en aplicación de la excepción del inciso segundo del artículo 113 de la Ley 142 de 1994.*
>
> *[…]*

> *145.* ***En consecuencia, la función referida la ejerce el Presidente de la República a través del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios y sus delegados o agentes. Así las cosas, válidamente se puede concluir que, en este caso, el Director Territorial Centro es delegatario de funciones constitucionales del Presidente y, en tal medida, solo procede el recurso de reposición contra los actos administrativos que expida en ejercicio de tal atribución".*** (Se destaca)

Así las cosas, al descender al fondo del asunto esta instancia encuentra que los actos administrativos acusados dentro del presente asunto, fueron expedidos por el Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible, en virtud de la función atribuida en el numeral 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

Por consiguiente, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial puesto de presente, resulta claro que en contra de la resolución definitiva únicamente procede el recurso de reposición, dado que el mismo se profirió por el Superintendente Delegado para la Energía y Gas Combustible, como delegatario de las funciones constituciones del Presidente de la República, no de otro funcionario como lo prevé el inciso segundo del artículo 113 de la Ley 142 de 1994.

De este modo, se sigue que la respuesta al problema jurídico en estudio, será que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no vulneró el debido proceso, al no haber dado trámite al recurso de apelación presentado en contra del acto administrativo definitivo. En consecuencia, el cargo de nulidad se niega.

2.2.2. *¿Pretermitió, la entidad demandada, el derecho de defensa y contradicción, al sancionar a Codensa S.A. ESP, por un cargo diferente al formulado en la etapa de investigación?*

En lo concerniente, el demandante señaló que fue sancionada por un cargo distinto al que se formuló en el pliego de cargos contenido en el acto administrativo 20172401152011 del 17 de agosto de 2017; circunstancia que habría conllevado una vulneración al derecho de defensa y contradicción.

Para resolver esta pregunta, se considera preciso hacer referencia al trámite que siguió la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios frente a la empresa Codensa S.A., que a la postre conllevó a la expedición de los actos administrativos acusados, en la forma que sigue:

- El 17 de agosto de 2017, mediante el acto administrativo 20172401152011[4], la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios formuló pliego de cargos a la empresa Codensa S.A., así:

> *"Para el caso concreto, CODENSA presuntamente incumplió lo dispuesto en: i) artículo 136 de la Ley 142 de 1994, y ii) numerales 11.2.4.1 y 11.2.4.3 del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008, debido a que la compensación realizada a la señora Nancy Pico Cuervo en su calidad de usuaria peor servida mediante la factura No. 396118563 expedida el 25 de mayo de 2015, superó el valor cobrado por el cargo de distribución.*
>
> *[…]*
>
> *CARGO ÚNICO: CODENSA presuntamente incumplió lo establecido en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994, y los numerales 11.2.4.1 y 11.2.4.3 del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008, debido a que* ***la compensación realizada*** *a la señora Nancy Pico Cuervo en su calidad de usuaria peor servida mediante la factura No. 396118563 expedida el 25 de mayo de 2015, superó el valor cobrado por el cargo de distribución".* (Se destaca)

- El 8 de septiembre de 2017, la sociedad demandante presentó descargos frente al anterior acto administrativo[5].

- El 12 de febrero de 2019, la Superintendencia profirió el acto administrativo 20182400146101[6], a través del cual corrigió y aclaró el acto administrativo 20172401152011 del 17 de agosto de 2017, esto es, aquel que formuló pliego de cargos. En concreto, la Administración señaló:

> *"Conforme con lo anterior, la DIEG incurrió en un erro, debido a que las imágenes No. 1 y 2 lo que evidencian no es que el valor 'compensado' o la 'compensación debida' superó el valor máximo permitido por la regulación, sino que, por el contrario, el valor de la compensación estimada que se calculó de acuerdo al numeral 11.2.4.3 la Resolución CREG 097 de 2008 para la usuaria bajo análisis, supera el costo del servicio de distribución facturado al usuario en el mismo mes.*
>
> *[…]*
>
> *CARGO ÚNICO: CODENSA presuntamente incumplió lo establecido en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994 y los numerales 11.2.4.1 y 11.2.4.3 del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008, debido a que* ***la compensación***

[4] *Folios 89 al 95 del cuaderno principal 1.*
[5] *Folios 102 al 112 del cuaderno principal 1.*
[6] *Folios 157 al 172 del cuaderno principal 1.*

> ***estimada*** *de la señora Nancy Pico Cuervo en su calidad de usuaria peor servida mediante la factura No. 396118563 expedida el 25 de mayo de 2015, superó el valor cobrado por el cargo de distribución".* (Se destaca)

En esa oportunidad, la Superintendencia también resolvió notificar ese acto administrativo a la prestadora investigada y otorgarle el término de quince (15) días, para que presentara sus correspondientes descargos.

- El 20 de febrero de 2018, Codensa S.A. presentó alegatos de conclusión dentro de la investigación administrativa sancionatoria que se adelantaba en su contra[7].

- El 5 de marzo de 2018, la empresa prestadora de servicio presentó descargos frente al acto administrativo 20182400146101 del 12 de febrero de 2018, en el sentido de indicar que la actuación de la Administración en dicho acto no se limitó a realizar una modificación, aclaración o corrección del acto que inicialmente formuló pliego de cargos[8].

- El 22 de marzo de 2018, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios expidió el Auto 20182400366611, por virtud del cual decidió sobre el decreto de pruebas y corrió traslado para alegar de conclusión[9].

- El 6 de abril de 2018, Codenda S.A. presentó nuevamente alegatos de conclusión[10].

- El 12 de abril de 2018, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios emitió la Resolución SSPD-20182400036545[11], en la que impuso una sanción a la empresa de servicios públicos Codensa S.A., en la siguiente forma:

> *"[…] Finalmente, este Despacho debe advertir a CODENSA que el reproche que se ha hecho sobre su gestión* ***no va dirigido a demostrar si las compensaciones realizadas en sus facturas superan el costo de distribución, pues ello plantea un escenario jurídico diferente al estudiado. Lo que aquí se estudia, es que existió un cálculo estimado que se realizó con base en las interrupciones presentadas en el inmueble ubicado en la calle 62 sur No. 36 – 04 de la ciudad de Bogotá, asociado al transformador No. 13299TR1, el cual efectivamente superó el costo del***

[7] *Folios 209 al 221 del cuaderno principal 2.*
[8] *Folios 236 a 239 ibídem.*
[9] *Folios 240 al 244 ibídem.*
[10] *Folios 273 al 285 ibídem.*
[11] *Folios 286 al 209 ibídem*

> ***servicio de distribución, como se ha reiterado a lo largo de este acto administrativo****.*
>
> *[…]*
>
> *La presente actuación administrativa, tuvo como origen en la vulneración de lo dispuesto por los numerales 11.2.4.1 y 11.2.4.3 de la Resolución CREG 097 de 2008, al existir un usuario peor servido cuya compensación superó el costo de distribución del servicio de energía del mes de mayo de 2015, conducta que configura una falla en la prestación del servicio en los términos del artículo 136 de la Ley 142 de 1994, así como una vulneración a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994".* (Se destaca)

A partir de lo expuesto, el Juzgado colige que, tal y como lo expresó la sociedad demandante, en la Resolución SSPD-20182400036545 del 12 de abril de 2018, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le sancionó por una conducta diferente a la imputada en el acto 20172401152011 del 17 de agosto de 2017.

Lo anterior, toda vez que, en el acto de imputación, si bien se endilgó el desconocimiento de la misma normativa, esto es, los numerales 11.2.4.1 y 11.2.4.3 de la Resolución CRG 097 de 2008, puntualmente se reprochó el hecho que el valor de compensación efectivamente determinada y debida a la usuaria Pico Cuervo había superado el valor cobrado por cargo de distribución; mientras que en la resolución definitiva se sancionó el hecho según el cual existió un cálculo estimado de dicho monto, el cual superó el costo del servicio de distribución.

Entonces, aunque sutiles, existen diferencias entre lo imputado en el acto 20172401152011 del 17 de agosto de 2017 y lo sancionado en la Resolución SSPD-20182400036545 del 12 de abril de 2018.

Pese a lo anterior, a juicio de esta instancia, la descrita situación no constituye vicio alguno, puesto que, como se vio, la Superintendencia mediante acto administrativo 20182400146101 del 12 de febrero de 2019, subsanó esta disonancia, corrigiendo y aclarando el acto administrativo 20172401152011 del 17 de agosto de 2017, que formuló pliego de cargos en primera oportunidad.

En efecto, allí, la Administración corrigió la imputación efectuada en el sentido de determinar que lo investigado sería el cálculo estimado del valor por compensación de la usuaria; en otras palabras, la misma circunstancia por la que finalmente fue sancionada la sociedad demandante.

Así, se rememora que en ese acto administrativo de corrección la Superintendencia dijo que lo evidenciado no era que *[…] el valor*

'compensado' o la 'compensación debida' superó el valor máximo permitido por la regulación, sino que, por el contrario, ***el valor de la compensación estimada*** *que se calculó de acuerdo al numeral 11.2.4.3 la Resolución CREG 097 de 2008 para la usuaria bajo análisis, supera el costo del servicio de distribución facturado al usuario en el mismo mes.* (Se destaca).

Adicionalmente, se resalta que la demandada no corrigió aisladamente la imputación de cargos en cuestión, sino que, además, procedió a correr nuevamente traslado de la misma a Codensa S.A., para que presentara nuevamente los correspondientes descargos; acto que, considera esta juzgadora, garantizó materialmente el derecho de defensa y contradicción de la censora.

En este punto, se considera del caso mencionar que, según lo previsto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, una vez agotada la correspondiente indagación preliminar, de encontrarse méritos necesarios, se dará apertura formal del proceso sancionatorio. Así como ha sido interpretado por el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa[12] en los siguientes términos:

> *"[…] En esa decisión además de ordenar la apertura formal de la actuación se ordenarán las demás providencias necesarias para la debida sustanciación del proceso sancionatorio;* ***así mismo, en aras de la garantía al debido proceso y al derecho de defensa se ordenará iniciar el trámite, y comunicar a los interesados la existencia del mismo con el fin de que se hagan parte, hagan valer sus derechos, y disfruten de las garantías procesales y sustanciales que el sistema jurídico les brinda****, entre las cuales no solo se deben de tener en cuenta y aplicar las que el ordenamiento interno del Estado ofrece, sino también todas aquellas garantías del orden convencional, principalmente, como se ha advertido, las contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos"[13].* (Resalta del Despacho)

En este orden de ideas, como quiera que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios comunicó a la demandante la existencia del expediente, le notificó la formulación de cargos imputada, así como el acto que la corrigió y, adicionalmente, le otorgó la oportunidad de pronunciarse al respecto, en los términos legales, se deduce que sus garantías y derechos procesales, así como sustanciales les fueron respetados; también, que el acto de trámite de apertura de investigación cumplió su finalidad.

---

[12] *Santofimio Gamboa, J.O., (2017), Compendio de Derecho Administrativo, Bogotá, D.C., Colombia, Universidad Externado de Colombia. Pág. 477.*
[13] *Santofimio Gamboa, J.O., (2017), Compendio de Derecho Administrativo, Bogotá, D.C., Colombia, Universidad Externado de Colombia. Pág. 478.*

Por consiguiente, la respuesta al problema jurídico en cuestión consiste en afirmar que la autoridad demandada no pretermitió el derecho de defensa y contradicción de Codensa S.A., pues, no le sancionó por un cargo diferente al formulado y luego corregido en la etapa de investigación.

2.2.3. *¿Incurrió, la Superintendencia accionada, en falsa motivación al imponer la sanción, como quiera que del material probatorio obrante en el expediente administrativo no se demostró que hubiera presentado la falla en el servicio establecida en el artículo 136 de la Ley 142, teniendo en cuenta que no se cumplió el numeral 11.2.4.1 del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008?*

En lo que respecta, Codensa S.A. manifestó que, contrario a lo concluido en los actos administrativos acusados, no habría incurrió en la falla en la prestación del servicio de que trata el artículo 136 de la Ley 142 de 1994, puesto que no incumplió con lo previsto en el numeral 11.2.4.1 del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008.

Lo anterior, dado que para colegir una transgresión a lo preceptuado en el mencionado numeral, sería necesario que se comprobara la ocurrencia de las dos situaciones de hecho allí contenidas; entonces, como en el presente caso no se habría acreditado un aumento en el índice trimestral de la discontinuidad con respecto al periodo histórico y por encima de la banda de indiferencia, la infracción sancionada nunca se configuró.

Para solventar el presente problema jurídico, es del caso citar la norma que contiene la infracción que la parte actora considera no habría cometido.

> *"11.2.4.1 Cálculo del Incentivo por Variación Trimestral de la Calidad*
>
> *La estimación del Incentivo por Variación Trimestral de la Calidad, $DDt_{n,m}$ ($/kWh) que tendrá un OR por la gestión de la calidad promedio de su sistema de distribución, se establecerá para cada Nivel de Tensión n aplicando la siguiente expresión:*
>
> $$\Delta Dt_{n,m} = (IRAD_{n,p} - ITAD_{n,p_{m-4}}) * CRO_{m-1}$$
>
> *Donde,*
> *$DDt_{n,m}$: Incentivo por Variación Trimestral de la Calidad para el OR durante el mes m, aplicable al Cargo por Uso del Nivel de Tensión n, en $/kWh.*
> *$IRAD_{n,p}$: Índice de Referencia Agrupado de la Discontinuidad.*
> *$ITAD_{n,p\ m-4}$: Índice Trimestral Agrupado de la Discontinuidad, estimado con base en la información de calidad del trimestre p al cual pertenece el mes m-4.*
> *CRO_{m-1}: Costo de Racionamiento CRO1 calculado por la UPME para el mes m-1.*
>
> *La aplicación por primera vez del Incentivo por Variación*

> *Trimestral de la Calidad, $DDt_{n,m}$, se hará a partir del quinto mes después de iniciado el esquema de Incentivos y Compensaciones por parte del OR. El OR será el encargado del cálculo de los Incentivos que hacen parte de este numeral y deberá trimestralmente elaborar un documento que soporte los cálculos correspondientes.*
>
> *El Incentivo por Variación Trimestral de la Calidad, $DDt_{n,m}$, sea éste positivo o negativo, no podrá en ningún caso ser mayor al 10% del $Dt_{n,m}$.*
>
> *Si el Incentivo por Variación Trimestral de la Calidad, $DDt_{n,m}$, resulta ser positivo, éste no será aplicable para los usuarios "pero servidos" que se encuentran en mora en el respectivo mes de aplicación.*
>
> ***Para todos los efectos, se considera que hay incumplimiento en la prestación continua del servicio de distribución en el SDL, en los términos del Artículo 136 de la Ley 142 de 1994, cuando: i) el OR aumente su Índice Trimestral Agrupado de la Discontinuidad con respecto al promedio histórico y por encima de la Banda de Indiferencia ii) el OR tiene usuarios "Peor Servidos" cuya compensación estimada según lo establecido en el numeral 11.2.4.3 sobrepasa el límite establecido en el mismo numeral****".* (Se destaca)

Por tanto, al analizar la norma en cita, en especial su último inciso, el Despacho advierte que si bien el texto carece de una conjunción entre los numerales i) y ii), no resulta correcto interpretar que para considerar que haya un incumplimiento en la prestación continua del servicio de distribución, en los términos del artículo 136 de la Ley 142 de 1994, se deban de presentar necesariamente las dos circunstancias allí descritas.

A juicio de esta instancia, el último inciso contiene dos situaciones diferentes; por un lado, aquella relativa a que el referido OR aumente su índice trimestral agrupado de la discontinuidad con respecto al promedio histórico y por encima de la banda de indiferencia; y de otro, que el OR tenga usuarios peor servidos, cuya compensación sobrepase el límite establecido en el numeral 11.2.4.3. del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008.

Resulta evidente que se está frente a dos criterios que aplican mediciones diferentes: el índice trimestral agrupado de la discontinuidad y la compensación, frente al costo del servicio de distribución facturado.

Bajo este entendido, la respuesta al problema jurídico nuevamente deviene negativa, esto es, que la Superintendencia no incurrió en falsa motivación al imponer la sanción, toda vez que, contrario a lo considerado por Condensa S.A. en la demanda, no es necesario que se configuren los dos supuestos contenidos en el numeral 11.2.4.3. del artículo 11 de la

Resolución CREG 097 de 2008, para que se considere cometida la falla del servicio prevista en el artículo 136 de la Ley 142 de 1994.

2.2.4. *¿Profirió, la autoridad demandada, el acto administrativo acusado de nulidad con falsa motivación, por cuanto, habría sancionado a la demandante con base en la infracción contenida en el numeral 11.2.4.3. del artículo 11 de la Resolución CREG 097 de 2008, sin tener en cuenta que Codensa S.A. no compensó valores superiores al costo del servicio de distribución facturado al usuario?*

Frente a este cargo, la sociedad censora añadió que no se habría configurado la infracción finalmente sancionada, toda vez que la compensación de la usuaria Pico Cuervo había resultado superior al costo del servicio de distribución facturado en mayo de 2015, con ocasión a variables que se encontrarían fuera de su control, como es el caso del consumo inestable y variable del servicio por parte del usuario y el costo incremental operativo de racionamiento de energía.

En cuanto a este aspecto, el Juzgado considera necesario acudir al contenido del acto administrativo sancionatorio, con el fin de establecer la forma en que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios encontró que la compensación en cuestión habría resultado superior al costo de distribución del servicio facturado.

Así, se sigue que en la Resolución SSPD-20182400036545 del 12 de abril de 2018, la Administración señaló:

> *"[…]*
>
> *4.3.3. El valor mensual de la compensación estimada superó el costo del servicio de distribución facturado al usuario perteneciente al transformador No. 13299 TR1 en el mes de mayo de 2015.*
>
> *La configuración de una falla en la prestación del servicio de energía eléctrica, exige que después de comparar el valor de la compensación estimada con el costo de distribución del servicio, la primera supere al segundo. Es por ello, que le corresponde a este Despacho estudiar el cálculo de la compensación estimada, con respecto al costo del servicio de distribución del mes de mayo de 2015, para el usuario identificado con NIU 111134, de acuerdo con la siguiente información:*
>
> *[…]*
>
> *Sobre la información que reposa en la Tabla No. 3 es necesario señalar que el cargo de distribución referenciado se calculó tomando la energía consumida en el mes estudiado y multiplicándola con el factor D, ítems que se encuentran en la factura allegada por LA INVESTIGADA mediante el escrito*

radicado con el No. 20155290327622 del 11 de agosto de 2015, y en la información que reposa en el formato 9 del SIU y se allegó a la DIEG por medio del radicado No. 20152200061223 del 10 de julio de 2016.

Por su parte, el cálculo de la compensación estimada fue realizado de conformidad con la fórmula establecida en el numeral 11.2.4.3 de la Resolución CREG 097 de 2008.

En este orden de ideas, de lo expuesto en la Tabla No. 3, se puede concluir que el cálculo de la Compensación Estimada reflejado en la columna (VC) de la tabla ibídem, superó el costo del servicio de distribución facturado en el mes en estudio, hecho que vulneró lo dispuesto en los numerales 11.2.4.1. y 11.2.4.3 de la Resolución CREG 097 de 2008, y en consecuencia configuró una falla en la prestación del servicio en los términos del artículo 136 de la Ley 142 de 1994.

En ese orden de ideas, es claro que para este Despacho que la conducta descrita también vulnera lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 143 de 1994, artículo que hace referencia a los principios que deben regir la prestación del servicio público domiciliarios de energía eléctrica". (Se destaca)

De lo anterior, se desprende con claridad que el método para determinar el monto de compensación estimada de un usuario se encuentra expresamente previsto en la resolución CREG 097 de 2008. Esto, específicamente, en el numeral 11.2.4.3 del artículo 11 de esa normativa, que preceptúa la fórmula que sigue:

"[…]

Entonces:

$$VC_{n,t,m} = X\left(\Delta Dt_{n,m} * CF_m\right) + \left[IPS * CRO_{m-1} * \left(ITT_{n,t,q,p} - IRGP_{n,q}\right) * CM_p\right]$$

Donde:

$VC_{n,t,m}$: Valor a Compensar en $ al Usuario "peor servido", del nivel de tensión n y conectado al transformador t, durante el mes m.
X: Factor multiplicador que es igual a uno (X=1) cuando el Incentivo por Variación Trimestral de la Calidad sea positivo, o igual a cero (X=0) cuando el Índice Trimestral Agrupado de la Discontinuidad, ITADn,p, se ubique dentro de la Banda de Indiferencia, según lo indicado en el numeral 11.2.4.2.
$DDt_{n,m}$: Valor Absoluto del Incentivo por Variación Trimestral de la Calidad para el OR durante el mes m, aplicable al Cargo por Uso del nivel de tensión n, en $/kWh, calculado como se indica en el numeral 11.2.4.1.
CF_m: Consumo facturado al usuario "peor servido" durante el mes m, en kWh.
$IPS_{n,m}$: Índice del Peor Servido, que relaciona el nivel de discontinuidad percibido por un usuario "peor servido" con el nivel

> *de discontinuidad promedio de todos los usuarios atendidos por el OR.*
> *CRO_{m-1}: Costo de Racionamiento CRO1 calculado por la UPME para el mes m-1.*
> *CM_p: Consumo promedio mensual del usuario durante el trimestre p de evaluación, en kWh".* (Se destaca)

De este modo, resulta claro que existe un método previamente establecido para determinar el monto de compensación a que se ha hecho referencia; también que la correspondiente fórmula incluye como un elemento fundamental el consumo facturado al usuario "peor servido" durante el mes. Sin embargo, allí no se menciona en forma alguna la necesidad de incluir las variables que aludió la parte actora en el cargo de nulidad.

Entonces, como quiera que los valores a tener en cuenta para determinar el monto de compensación, se encuentran previstos en una normatividad cuya legalidad no se impugna dentro del presente asunto, esto es, la Resolución CREG 097 de 2008, se sigue la no prosperidad de los argumentos esbozados por la parte actora.

Adicionalmente, se considera importante resaltar que, en el mismo numeral precitado, se prevé que *"[…] en ningún caso, el valor mensual a compensar a cada usuario, $VC_{n,t,m}$, podrá ser superior al costo del servicio de distribución facturado al usuario en el respectivo mes";* afirmación que confirma que la resolución por la cual se aprueba los principios generales y la metodología para el establecimiento de cargos por uso de los Sistemas de Trasmisión Regional y Distribución Local (CREG 097 de 2008), no considera necesario incluir otras variables como: el consumo inconstante del servicio por parte del usuario y el costo incremental operativo de racionamiento de energía, al momento de establecer si un prestador incurrió en una falla en la prestación del servicio de energía eléctrica.

Por ende, la respuesta al problema jurídico bajo análisis atiende a colegir que la autoridad demandada no profirió los actos acusados de nulidad con falsa motivación, dado que no era obligatorio que tuviera en cuenta aspectos diferentes a los mencionados en el numeral 11.2.4.3 del artículo 11 de la CREG 097 de 2008, para determinar si el monto de compensación superaría el costo de distribución del servicio. En consecuencia, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

2.3. Conclusiones

Colofón de lo hasta aquí esgrimido, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos demandados dentro del presente litigio, el Despacho negará las pretensiones de la demanda.

2.4. Condena en costas

Según lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, el criterio subjetivo – valorativo para la condena en costas implica: i) el resultado de la derrota dentro del proceso o recurso que se haya propuesto (objetivo); y ii) que en el expediente se revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, el Despacho considera que, en el presente asunto, no hay lugar a imponer una condena en costas a la demandante, en la medida que, si bien se negó la prosperidad de las pretensiones de la demanda, no se acreditó probatoriamente su causación, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrió la autoridad demandada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

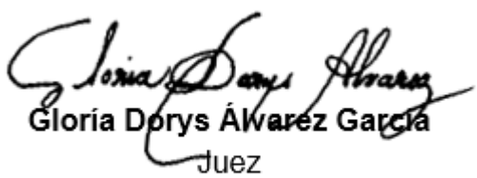
FALLA

PRIMERO. Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Abstenerse de condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO. Ejecutoriada la presente providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE[14] Y CÚMPLASE



Gloria Dorys Álvarez García
Juez

[14] *laramos@superservicios.gov.co*, *jorge.lagos@enel.com*.

Firmado Por:

Gloria Dorys Alvarez Garcia
Juez
Juzgado Administrativo
002
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d964f6c0142f48c4f40775c4775e7eacfd0e8bd8b26601b3cbc34074226b8290**
Documento generado en 16/12/2021 12:30:51 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica