



Ministerio de Minas y Energía

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

**RESOLUCIÓN No. 026 DE 2007**

( 20 MAR. 2007 )

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994 y de acuerdo con los Decretos 1524 y 2253 de 1994, y

**CONSIDERANDO:**

Que mediante las Resoluciones CREG-001 y CREG-116 de 1996, se creó el Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad, se precisó su método de cálculo y se estableció un sistema de verificación de los valores de los parámetros reportados por los agentes para su cálculo.

Que de conformidad con lo establecido por el Artículo 10 de la Resolución CREG-116 de 1996, modificado por el Artículo 1o. de la Resolución CREG-083 de 2000, a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en adelante CREG, correspondía diseñar antes del 31 de enero del año 2001, un mecanismo de verificación de parámetros, y al Centro Nacional de Despacho, en adelante CND, la contratación de la verificación.

Que el Artículo 10 numeral 10.5 de la Resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el Artículo 1o. de la Resolución CREG-083 de 2000, establece lo siguiente respecto de la definición de discrepancias entre los valores de los parámetros reportados por los agentes para el cálculo del Cargo por Capacidad y los valores verificados mediante el procedimiento establecido en esta misma disposición:

*“La definición de la existencia de discrepancias entre los valores verificados y los valores de los parámetros reportados por los agentes, por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG, dará lugar a que el VD (Valor a Distribuir) de las plantas y/o unidades con dichas discrepancias sea igual a cero (0) en las estaciones de verano e invierno para las cuales se utilizó la información sobre parámetros entregada por los agentes. Lo anterior implica la cesación de los pagos por concepto de Cargo por Capacidad que aún no se hayan efectuado y la devolución de los pagos recibidos, de la manera que se explica en los Numerales 10.7 a 10.9 de este Artículo.*”

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*Como consecuencia, los pagos por concepto del Cargo por Capacidad están sometidos a condición resolutoria, consistente en que si mediante acto administrativo en firme se determine la existencia de las referidas discrepancias, por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG, los pagos hechos sobre el correspondiente período, se tendrán como pago de lo no debido.”*

Que mediante Resolución CREG-006 de 2001, la CREG estableció las pautas para la definición de los términos de referencia de la contratación de la verificación de parámetros. En el Anexo General de esta resolución, al definir el procedimiento para la verificación de parámetros, estableció en relación con el IH de las plantas térmicas, que la firma auditora “solicita a cada agente la bitácoras de planta”; “conforma una base de cálculo con la información de las bitácoras”; “si en la relación entregada por el CND existe un número de eventos superior en 10% al número de eventos registrados por el agente **en su bitácora**, procede a la inclusión de los eventos verificados dentro de la base de cálculo”; y “Se considerará discrepancia si el valor declarado de IH es inferior al calculado por la firma que realiza la verificación de parámetros, en más del 10%, evaluando ambas cifras con una aproximación a cuatro decimales”.

Que el CND contrató a la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA (en adelante Price) para la verificación de parámetros del Cargo por Capacidad vigencia 2004-2005, empresa ésta que el día 29 de septiembre de 2005, mediante comunicación con radicación CREG E-2005-007312, presentó la versión definitiva del informe de verificación del Cargo por Capacidad sobre “Indisponibilidad Histórica Plantas / Unidades Térmicas”, el cual incluyó la planta Termocartagena 3 (Folio No. 7).

Que en dicho informe se concluye respecto del valor declarado para el parámetro de Indisponibilidad Histórica, en adelante IH, del Cargo por Capacidad Vigencia 2004 – 2005 de la planta Termocartagena 3, que existe discrepancia entre el valor verificado por Price, y el declarado por TERMOCARTAGENA S.A ESP ante la CREG. Dicha discrepancia, según Price, consiste, en que el valor por él calculado para el referido parámetro es de 77.3805%, mientras que el reportado por Termocartagena S.A. E.S.P (en adelante Termocartagena) a la CREG es de 9.9854%. De lo anterior infiere Price que el valor declarado por Termocartagena es inferior al calculado por la firma PwC AGA en más del 10%, evaluando ambas cifras con una aproximación de cuatro decimales, lo cual constituye una discrepancia de acuerdo con lo establecido en el Anexo General de la Resolución CREG-006 de 2001, específicamente, en el apartado “Margen de error” del parámetro “IH’s Plantas Térmicas” del cuadro titulado “PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE PARÁMETROS” de la referida resolución.

Que mediante la Resolución CREG-050 de 2006, la CREG, previo agotamiento de la actuación administrativa de que da cuenta el Expediente No. 2005-0021:

- Declaró que existe una discrepancia entre el valor declarado (9.9854%) por la empresa TERMOCARTAGENA para el índice de indisponibilidad histórica IH de la planta Termocartagena 3 correspondiente a la corrida

7  
MSP

7

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

del cargo por capacidad del periodo 2004 - 2005 y el valor verificado (77.3805%) por la firma Price y reportado en informe entregado mediante comunicación con radicación CREG E-2005-07312 del 29 de septiembre de 2005.

- Declaró que el VD (Valor a Distribuir) por concepto de cargo por capacidad de la planta Termocartagena 3, es igual a cero (0) en las estaciones de verano e invierno comprendidas entre el 1 de diciembre de 2004 y el 30 de noviembre de 2005.
- Ordenó a la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P (en adelante XM), en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, en adelante ASIC, cesar los pagos por concepto de cargo por capacidad a favor de TERMOCARTAGENA que aun no se hayan hecho hasta satisfacer la obligación que se deriva de la resolución CREG - 050 de 2006.
- Ordenó a TERMOCARTAGENA devolver los valores recibidos por concepto de cargo por capacidad de la planta Termocartagena 3 en las estaciones de verano e invierno comprendidas entre el 1 de diciembre de 2004 y el 30 de noviembre de 2005, en un término máximo de tiempo equivalente al periodo durante el cual los estuvo recibiendo, adicionando a este monto los intereses correspondientes a la tasa de interés bancario corriente, certificada mensualmente por la Superintendencia Financiera, sobre el saldo adeudado hasta el día en que la deuda sea completamente pagada.
- Dispuso que XM en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) acuerde con Termocartagena en un plazo no mayor a diez (10) contados a partir del recibo de la comunicación de la Resolución CREG 050 de 2006, un cronograma de devolución de los valores recibidos, respetando el plazo máximo establecido. De no llegarse a un acuerdo, dispuso que el ASIC descuenta las sumas adeudadas por el agente, con los respectivos intereses, de las notas crédito que resulten a su favor, dentro el plazo máximo establecido. Para el caso de que no resultaran notas crédito a favor del agente, se determinó que, XM en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), iniciará y llevará a cabo todas la gestiones y acciones judiciales, necesarias para obtener las devoluciones ordenadas.
- Dispuso que la diferencia entre el valor a recaudar para la totalidad del sistema y el valor a distribuir de los agentes que no presentan discrepancias, será asignada a los comercializadores en proporción a la demanda del mes y que el valor asignado al comercializador se deberá considerar como un menor valor del costo de compra de energía y será deducido en el componente G del Costo Unitario de prestación del servicio del comercializador para su mercado regulado, y deberá ser

MM

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

reconocido a los Usuarios No Regulados en los respectivos contratos, inmediatamente sea asignado el valor señalado.

- Se ordenó compulsar copias de Resolución CREG 050 de 2006 a la Fiscalía General de la Nación y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para los fines indicados en la parte motiva de esta resolución

Que **Termocartagena por conducto de su representante legal, interpuso oportunamente recurso de reposición contra la resolución CREG 050 de 2006**, exponiendo lo siguiente:

1. Objeto del Recurso.

El recurso pretende que se revoque la Resolución CREG No. 050 de 1996, *por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada Termocartagena S.A. E.S.P.*”, pues, en sentir del recurrente, este acto fue expedido con falsa motivación, desconocimiento del derecho de defensa y violación del debido proceso, sin competencia para ello y, en general, con infracción de las normas en que debía fundarse.

2. Advertencia Previa.

Con antelación a la exposición de sus motivos de inconformidad el impugnante advierte que el acto cuestionado generó una situación particular y concreta en cabeza de la empresa XM pues le impuso diferentes obligaciones: cesar pagos, acordar un programa de devolución de los valores recibidos por Termocartagena, descontar sumas a favor de esta empresa y llevar a cabo gestiones y acciones judiciales para obtener la devolución de las sumas indicadas por la CREG-.

Según el impugnante, por la razón atrás indicada, la resolución impugnada debe ser notificada a XM con el propósito de que esta empresa pueda ejercer el su derecho de defensa frente a ella. Dice que si se omite la notificación, no solamente se estaría vulnerando el derecho de publicidad (art. 3 C.C.A), el debido proceso, el derecho de defensa, entre otros, sino que la decisión será ineficaz en los términos del art. 48 del C.C.A.

3. Motivos de Inconformidad.

El recurso textualmente plantea los siguientes:

**“1. LA RESOLUCIÓN CREG No. 050 de 2006 ADOLECE DE FALSA MOTIVACIÓN**

*Existe falsa motivación del acto administrativo cuando los motivos expuestos por la administración para motivar su acto, no corresponden exactamente a la situación previa que sirvió como justificación del mismo. De conformidad con la jurisprudencia existen cuatro situaciones en las cuales se presenta una violación al deber de motivación del acto administrativo: (i) ausencia absoluta de motivación; (ii) motivación incompleta o deficiente; (iii) motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente; y (iv) motivación sofisticada, aparente o falsa. La primera (ausencia de motivación) se presenta cuando el juzgador omite*

J  
YRD

J

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*precisar los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. La segunda (motivación incompleta) cuando omite analizar uno cualquiera de estos dos aspectos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su fundamento. La tercera (equivoca) cuando los argumentos que sirven de sustento a la decisión se excluyen recíprocamente impidiendo conocer el contenido de la motivación, o cuando las razones que se aducen contrastan con la decisión tomada en la parte resolutive. Y la cuarta (sofística), cuando la motivación contradice en forma grotesca la verdad probada.*

*Como explicaré a continuación, la resolución recurrida se enmarca dentro de la causal de falsa motivación, por cuanto la CREG no valoró adecuadamente y de manera integral las pruebas en las que se funda dicha resolución.*

**a. La Auditoría Adelantada.**

*En aplicación de la Resolución No. 006 de 2001, se llevó a cabo por parte de la firma seleccionada, en este caso Price Waterhouse Coopers Asesores Gerenciales Ltda., una auditoría tendiente a la verificación de la información sobre los parámetros declarados por TERMOCARTAGENA para el cálculo del cargo por capacidad en el mercado mayorista.*

*Para el efecto, se surtió a cabo (sic) en el mes de marzo de 2005, un acto público por medio del cual se estableció que la planta o unidad seleccionada para efectuar la verificación del parámetro Indisponibilidad Histórica para Termocartagena S.A. E.S.P. era la planta/unidad CARTAGENA 3. En comunicación de la firma PWHC de fecha 17 de marzo de 2005, se informó a TERMOCARTAGENA que de conformidad con la reunión llevada a cabo ante el CNO y la CREG, la documentación a ser proporcionada por la empresa de energía para la verificación de los parámetros, debía estar debidamente numerada y foliada, y sus páginas selladas y rubricadas, documentos que se debían entregar legajados, argollados o empastados de forma tal que se garantizara la integridad de los mismos. Oficio de fecha 17 de Marzo de 2005, expedido por la Price Waterhouse Coopers a Termocartagena.*

*TERMOCARTAGENA, en vista de que le había sido ordenado entregar documentación "numerada, foliada y legajada", entendió que debía enviar los registros físicos de la unidad de generación Cartagena 3 para el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2001 y el 30 de septiembre de 2004, registros éstos que a la postre fueron denominados "bitácora física", pero que como quedó demostrado en el peritaje rendido, no constituyen en sí la bitácora de dicha planta de generación, sino los insumos que fueron empleados para elaborar la bitácora de la planta, la cual fue elaborada en el programa Visual Fox Pro, después de una ardua labor de depuración, clasificación y consolidación de la información de esos registros.*

*Dado lo anterior, la bitácora empleada por TERMOCARTAGENA para reportar los registros de Indisponibilidad Histórica de la unidad de generación Cartagena 3, fue la que TERMOCARTAGENA consideraba su bitácora oficial, por ser para TERMOCARTAGENA la más confiable, es decir, la bitácora que se encontraba realizada en el programa Visual Fox Pro, que fue denominada para efectos de este caso "bitácora electrónica". En consecuencia, TERMOCARTAGENA remitió con fecha 8 de Junio de 2005 a la firma auditora su bitácora — la denominada 'bitácora electrónica' para que fuera empleada en el proceso de verificación con comunicados de fechas Marzo 30 de 2005, Mayo 16 de 2005 y Junio 8 de 2005 respectivamente.*

*No obstante, para el mes de Julio de 2005 PWHC advirtió "discrepancias" de acuerdo con la revisión efectuada a la bitácora enviada por TERMOCARTAGENA —bitácora electrónica— frente a los registros físicos de la unidad de generación Cartagena 3 —bitácora física—. Lo anterior se explica en el hecho que la bitácora de TERMOCARTAGENA fue elaborada con base en la información contenida en los registros físicos de la planta, pero —como se explicó—, sometiendo tal información a un proceso de depuración y clasificación, razón por la cual los registros de esa bitácora electrónica aunque tenían la misma información que los registros físicos de la planta, pueden presentar algunas diferencias con respecto a estos últimos, como resultado del proceso descrito. Este proceso se adelantó porque los registros*

J  
MSD

J

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*físicos adolecen de algunos inconvenientes que hacen imposible la adecuada utilización de la información de operación de la planta, hecho este que fue constatado en el dictamen pericial, veamos: "La transcripción de los eventos presentó muchas dificultades debido a que la caligrafía de muchas de las notas contenidas en los cuadernos de bitácora era casi ilegible, adicional al no existir una manera estándar para describir un mismo evento por parte de diferentes personas, lo cual causa problemas de interpretación por parte del digitador y aún por parte de operarios de la planta..."*

*Dado lo anterior, con el propósito de contar con información que tuviera un grado de fidelidad más alto, y pudiera ser empleada de manera más eficiente, TERMOCARTAGENA se vio en la necesidad de elaborar su bitácora empleando un programa desarrollado sobre la base de la plataforma VISTA VISUAL FOX PRO, en el cual se alimentada (sic) la información de los registros de la planta, una vez esta fuera depurada. Para tal efecto, se contrató la instalación del Software Control de Eventos de Turno Termocartagena S.A. E.S.P. sobre la plataforma mencionada, con el ingeniero Mauricio Villareal Gallego, el cual, como se puede comprobar tanto con la propuesta de servicios "Software de control de eventos de turno - Termocartagena S.A. E.S.P." elaborada por el ingeniero Mauricio Villareal Gallego, la factura de venta No. 88-001329 de 3/3/2004 por valor de \$1.700.000, las cuentas de cobro pagadas a favor del ingeniero de fechas 25 de Marzo de 2004, 30 de Junio de 2004 y 29 de diciembre de 2004 conjuntamente con el acta de recibo de software de fecha 30 de Abril de 2004, software que contaba con las siguientes especificaciones:*

- "1.- Recolección de Información que incluía visitas a las oficinas de Termocartagena para tomar nota del proceso de control de eventos de turnos y otras actividades.*
- 2. - Entrega de formato para captura de información anterior, que incluía el diseño de la Hoja de Cálculo para ingresar la información anterior de la bitácora.*
- 3.-Análisis, Diseño y Programación, que incluía el desarrollo del software que contaba con la posibilidad de solicitar nuevamente alguna información.*
- 4.- Instalación, Pruebas y Ajuste, que incluía la primera entrega del software, observaciones y diseños necesarios.*
- 5- Capacitación, que incluía el entrenamiento del personal necesario para la utilización del programa.*
- 6.- Periodo de Prueba que era el tiempo en el cual el software es instalado para ser utilizado a modo de observación. En esta etapa se hacía un paralelo con la antigua manera de llevar el control.*
- 7.- Entrega a Satisfacción; Termocartagena recibe el software a satisfacción para su uso definitivo, que incluye 4 meses de garantía sin incluir modificaciones al funcionamiento del mismo."*

*El programa computacional se ejecutó en Vista Visual Fox Pro precisamente para garantizar confiabilidad, ingresando los eventos que estaban consignados en los registros físicos de la planta —bitácora física—. Avala lo relacionado con la validez de la bitácora electrónica, la manifestación del mismo asesor técnico de la CREG Sr. Medardo Prieto en el Acta No. 1 de reunión llevada a cabo el día 5 de Septiembre de 2005, celebrada entre la CREG, el CNO y PWHC, solicitó que se permitiera considerar bitácoras digitales en razón del gran esfuerzo que tenía que realizar el verificador para armar la base de datos a partir de las bitácoras físicas, sin embargo no se tomó en cuenta, siendo la base para determinar los factores.*

*Sin embargo, el auditor PWC decidió emplear los registros físicos de la planta —bitácora física— como si éstos fueran la bitácora oficial de TERMOCARTAGENA, a pesar que TERMOCARTAGENA había advertido que su bitácora era aquella elaborada en el programa Visual Fox Pro -bitácora electrónica-, a partir del trabajo de depuración de los registros físicos -bitácora física-, por considerar dicho auditor que los registros físicos -bitácora física-*

*MMD*

*S*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

eran la fuente primaria de la información. Así lo confirmó a la empresa en comunicado de fecha 1 de Julio de 2005 al exponer: "...Con base en las observaciones anteriores, hemos decidido utilizar como fuente primaria para la determinación de eventos en el cálculo del Índice de Indisponibilidad Histórica IH las bitácoras físicas suministradas por ustedes"

Posteriormente para el día 13 de Julio Termocartagena acusa recibo de la anterior comunicación y se manifiesta argumentando: "... Acusamos recibo de su comunicación y quedamos a la espera de sus posteriores informaciones. Igualmente reiteramos que el cálculo de la indisponibilidad histórica de la unidad Cartagena 3 fue realizado con la información extraída de la bitácora digital, la cual consideramos una fuente valiosa que registra los eventos operativos de la unidad en el periodo revisado".

No obstante, olvidó el auditor que el hecho de ser la fuente primaria no significa que sea la fuente de información más fidedigna, pues particularmente en este caso, los registros de la planta -bitácora electrónica- eran llevados por los operarios de la misma, quienes anotaban en los mismos todo tipo de novedades en su turno, sin que las mismas constituyeran necesariamente eventos de indisponibilidad histórica de la planta, razón por la cual, la única manera de contar con información confiable sobre dichos eventos de indisponibilidad, consistía en depurar y clasificar esa información anotada por los operarios, lo que se hizo al elaborar la bitácora en el programa Vista Visual Fox Pro -bitácora electrónica-.

En efecto, como prueba de lo anterior, basta observar que mediante comunicación de fecha 25 de Agosto de 2005, TERMOCARTAGENA efectuó las observaciones a la firma asesora, discriminando cada factor y aclarando, en lo que tiene que ver con los eventos de prueba que **"una prueba involucra varios periodos de generación y no cada periodo de generación una prueba como al parecer fue interpretado"** error este que fue cometido por PWHC al basarse en la información contenida en los registros de la planta y no en la bitácora -bitácora electrónica- como se le había sugerido. Cabe anotar que ante la carta mencionada, el auditor no efectuó ninguna manifestación al respecto.

Más adelante, en el mes de septiembre de 2005, la PWHC envió un comunicado a la CREG solicitando se precise cuál de las dos bitácoras debe ser tenida en cuenta, toda vez que la norma no lo determina con precisión. La CREG por su parte respondió, mediante comunicado de fecha 23 de septiembre de 2005, que es la firma auditora la que debe determinar que bitácora utilizar.

Para el mismo mes de septiembre se llevaron a cabo dos (2) reuniones de discusión de informes sobre verificación de parámetros de carga por capacidad (IH), de las cuales tampoco se hace mención en la resolución, en las que el doctor Ángel Castañeda manifestó su inconformidad con el informe técnico efectuado por la firma PWHC, por cuanto la bitácora electrónica fue la que tuvo en cuenta TERMOCARTAGENA para determinar el cálculo del parámetro reportado, ya que era su bitácora oficial. En la misma reunión, el doctor Castañeda advirtió que con dicha información -contenida en la bitácora electrónica- la verificación no debía arrojar como resultado discrepancia alguna; sin embargo, precisó que dicha bitácora -bitácora electrónica- no incluía los eventos reportados por el CND, dado que TERMOCARTAGENA no tuvo oportunidad de conocer el registro de indisponibilidad histórica de la planta que llevaba el CND, porque el mismo no se hizo público. Como ejemplo de lo anterior, el doctor Ángel señaló como quedó plasmado en el Acta de Reunión No. 2 llevada a cabo el día 5 de Septiembre de 2005 que: **"...con un mantenimiento planeado para el condensador de la unidad en el año 2002 el cual finalmente no se realizó y el agente siguió declarando la disponibilidad de la planta para efectos de las ofertas que deben realizar diariamente, y que el OID no corrigió la información "**

A pesar de lo anterior, el auditor PWHC profirió su informe técnico el 29 de septiembre de 2005, en el que unilateralmente decidió no tener en cuenta la bitácora de TERMOCARTAGENA -bitácora electrónica- para determinar si existía discrepancia alguna entre los registros de su informe y el registro de indisponibilidad histórica de eventos de la planta Cartagena 3, que había sido reportado a la CREG para el cálculo de la Capacidad

7  
PWHC

7

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*Remunerable Teórica —CRT—, pues para su cálculo, el auditor PWC únicamente se basó en los registros físicos de la planta —bitácora física—.*

**b. El Dictamen Pericial Rendido**

*En el caso del dictamen pericial rendido por parte del experto Mauricio Correa y su adición, la CREG no lo valoró en su totalidad y de manera integral, pues únicamente hizo mención a ciertas preguntas que resolvió el perito, pero no tuvo en cuenta otros aspectos de dicho dictamen, relevantes para la decisión que debía tomar.*

*Particularmente, el peritaje despejó la confusión que surgió en torno a la aparente existencia de dos bitácoras, dejando claro que no existen dos bitácoras en TERMOCARTAGENA, sino una sola, elaborada sobre la plataforma del programa Visual Fox Pro—bitácora electrónica—, a partir de las anotaciones hechas por los operarios de la planta en los libros de registro de la misma —bitácora física—. Para elaborar la bitácora en medio magnético, fue necesario depurar la información contenida en dichos libros, la cual adolecía de diferentes inconsistencias, y clasificar dicha información en diferentes categorías de eventos, de conformidad con los parámetros predeterminados en el software de control y aseguramiento de la información.*

*En este sentido, como se anotó en el literal anterior, el perito se pronunció en su dictamen rendido el día 30 de MARZO DE 2006, acerca de las dificultades presentadas con ocasión de la caligrafía de las notas contenidas en los registros de la planta —bitácora física—, que los hacían ilegible.*

*Como se explicó, por dificultades como la anterior, TERMOCARTAGENA se vio en la necesidad de elaborar una bitácora sistematizada —bitácora electrónica—, que recogiera la información proveniente de los libros de registro, pero de manera depurada y clasificada, de tal forma que fuera posible hacer uso técnico de la misma, con un grado de certeza aceptable. En otras palabras, no existen dos bitácoras con información diferente, existe una sola bitácora elaborada sobre la plataforma del programa visual fox pro—bitácora electrónica— y diferentes registros físicos que alimentaron esa bitácora y le sirven de soporte, pero que carecen de exactitud por tratarse de información no depurada. Sobre el particular, el perito afirmó en su dictamen:*

*"Los datos que se encuentran en la bitácora electrónica anteriores a enero de 2005, fueron ingresados mediante una persona encargada de la transcripción de los cuadernos de bitácora a un software de bases de datos (bitácora electrónica).*

***La transcripción de los datos presentó muchas dificultades debido a que la caligrafía de muchas de las notas contenidas en los cuadernos de bitácora era casi ilegible, adicional al no existir una manera estándar para describir un mismo evento por parte de diferentes personas, lo cual causa problemas de interpretación por parte del digitador y aún por parte de operarios de la Planta".***

*Negrilla fuera de texto.*

*Sobre el punto, cabe aclarar, como se ha venido afirmando desde el inicio de las diligencias, que el cálculo de la indisponibilidad histórica de la unidad de generación Cartagena 3 fue realizado con la información extraída de la bitácora de dicha planta —bitácora electrónica— la cual constituyó un registro fidedigno de los eventos operativos de la unidad en el periodo revisado y por lo tanto, no puede ser desconocido.*

*De otra parte, cabe resaltar que en el punto 5.5 de su dictamen, el perito, se refiere a la bitácora de TERMOCARTAGENA —bitácora electrónica— y a los registros de la planta de generación —bitácora física—*

*El perito alega que la bitácora electrónica registra 136 eventos contra 197 del CND, suma que es igual a la encontrada por PWHC pero en lo que tiene que ver con la bitácora Física únicamente VS eventos del CND, entonces cómo puede ser posible que sean iguales las*

7  
180

7



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*diferencias encontradas al realizar la comparación entre la bitácora física y los datos del CND como al realizar la comparación entre la bitácora electrónica y los —datos del CND?*

*De lo anterior se deduce que en la bitácora de TERMOCARTAGENA —bitácora electrónica— se encuentra la misma información que tienen los registros físicos de la planta de generación — bitácora física—, pero depurada y clasificada; en este sentido, nótese que de acuerdo con el perito, tanto la bitácora de TERMOCARTAGENA —bitácora electrónica— como los registros de la planta —bitácora física—, se encuentran 136 eventos registrados; debe tenerse en cuenta además que, como se explicó, TERMOCARTAGENA no tuvo oportunidad de conocer ni controvertir los registros del CND. En otras palabras, de conformidad con el dictamen pericial, tanto la bitácora de TERMOCARTAGENA —bitácora electrónica— como los registros físicos de la planta —bitácora física— reportan el mismo número de eventos relevantes para determinar la indisponibilidad histórica de la planta.*

*Recordemos que la motivación de una decisión judicial, y con mayor razón la de una sentencia, debe necesariamente estar fundamentada en la prueba válidamente aducida al proceso, pero no arbitrariamente ni escogida para justificar una conclusión previamente adoptada, ni mutada en su contenido material, ya que un tal viciado procedimiento, necesariamente no conduciría a demostrar la verdad de lo ocurrido, quedando el pronunciamiento judicial convertido en un mero cumplimiento de lo formal, pero distante de lo real. (Proceso No. 15884. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA). Esta apreciación no escapa en su aplicación a las actuaciones administrativas por cuanto el debido proceso es de aplicación extensiva tanto a las actuaciones judiciales como las administrativas por expresa disposición del Artículo 29 de la Constitución Nacional.*

*Sin embargo, lo anterior no fue tenido en cuenta por el auditor PWC —como se explicó en el literal anterior— ni por la CREG en la resolución recurrida, pues en la misma señala:*

*Es pues, abundante el material probatorio que indica que la llamada bitácora electrónica es tan solo una simple transcripción de la bitácora física que se lleva en la planta Termocartagena 3 y que esta bitácora física es la fuente idónea de información para el cálculo del índice de Indisponibilidad Histórica IH.*

*Estas pruebas lo que en el fondo están revelando es que no existen las tales dos (2) bitácoras y que sólo existe una sola y verdadera bitácora donde se registran directamente los eventos reales sucedidos durante la operación de la planta, la cual no es otra que la bitácora física.*

**c. Los Testimonios Adelantados**

*En lo que tiene que ver con los testimonios de los ingenieros, tampoco fueron objeto de una valoración integral por parte de la CREG, pues basta con analizar los mismos apartes de dichos testimonios citados por la CREG como fundamento de la resolución recurrida, para concluir que los mismos no conducen a sustentar la decisión adoptada por la CREG, sino al contrario, prueban que la bitácora de TERMOCARTAGENA —bitácora electrónica— fue elaborada a partir de los registros físicos de la planta de generación —bitácora física—, pero después de haber sido depurados y clasificados tales registros, con el propósito de contar con información más fidedigna, veamos:*

*Cita la CREG los siguientes apartes de los testimonios:*

*Mario Alejandro Castro Parra, ingeniero electricista quien para la fecha de declaración del parámetro en cuestión se desempeñaba como Jefe de Planeación y Servicios Técnicos de Termocartagena, a la pregunta acerca de cómo es en la planta Termocartagena 3 el proceso de registro de eventos para efectos del cálculo del parámetro Indisponibilidad Histórica Plantas Térmicas para el cálculo del Cargo por Capacidad, respondió lo siguiente en diligencia practicada el 21 de marzo de los corrientes:*

*“Inicialmente el jefe de turno registra los eventos operativos de la unidad en una bitácora física, posteriormente los datos operativos son ingresados al programa computacional denominado bitácora electrónica. Esta herramienta computacional*

JMS

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

permite calcular las horas de operación y las horas de indisponibilidad requeridas para el cálculo del parámetro en mención." (Fol. 244) (hemos subrayado)

Posteriormente, en la misma declaración y frente a la pregunta acerca de en cuál bitácora se registran directamente los eventos sucedidos en la planta Termocartagena 3, responde:

"Como explique anteriormente, inicialmente la información operativa de la unidad era consignada en la bitácora física, la cual posteriormente era ingresada a la bitácora electrónica." (Fol. 245) (hemos subrayado)

Ronald James Howard Munevar, ingeniero mecánico quien para la fecha de declaración del parámetro en cuestión se desempeñaba como Jefe de Planta de Termocartagena, a la pregunta acerca de quien preparaba al interior de Termocartagena los parámetros correspondientes, respondió lo siguiente en diligencia practicada el 21 de marzo de los corrientes:

"La información que se transcribía de los eventos diarios en la bitácora electrónica en un programa y el programa que calculaba las horas de indisponibilidad, horas de operación y con esos datos se calculaba la indisponibilidad histórica" (F. 250) (hemos subrayado)

A continuación, en la misma declaración y frente a la pregunta acerca de cómo es el proceso de registro de eventos para efectos del cálculo del parámetro Indisponibilidad Histórica Plantas y el funcionamiento del programa al que hizo referencia en su respuesta anterior, respondió:

El registro inicialmente se hacía de manera manual en la Sala de Mando y posteriormente esa información era digitada por una persona que se tenía para tal fin de manera manual con una serie de clasificaciones de los eventos que ocurrían en la operación de las unidades. Posteriormente el programa, un software, con base en la información que se le digita clasifica los eventos y en base a eso saca las horas de indisponibilidad, las horas de operación, que son las que se utilizan para el cálculo de la indisponibilidad histórica" (Fol. 250) (hemos subrayado)

Ahora bien, de los testimonios anteriormente relacionados, cabe adicionar lo siguiente que no fue objeto de estudio en la resolución recurrida:

Testimonio de Ronald James Floward Munevar:

"... PREGUNTADO: Es claro que quién firmaba los parámetros correspondientes era el representante legal, podría precisar quién los preparaba. CONTESTADO: La información que se transcribía de los eventos diarios en la bitácora electrónica en un programa y el programa que calculaba las horas de indisponibilidad, horas de operación y con esos datos se calculaba la indisponibilidad histórica. PREGUNTADO. Pudiera usted contarle al despacho cómo es el proceso de registro de los eventos para efectos del cálculo del parámetro indisponibilidad histórica de plantas y el funcionamiento del programa al que hizo referencia en su respuesta anterior. CONTESTADO. El registro inicialmente se hacía de manera manual en la Sala de Mando y posteriormente esa información era digitada por una persona que se tenía para tal fin de manera manual con una serie de clasificaciones de los eventos que ocurrían en la operación de las unidades. Posteriormente el programa, un software, con base en la información que se le digita clasifica los eventos y en base a eso saca las horas de indisponibilidad, las horas de operación, que son las que se utilizan para el cálculo de la indisponibilidad histórica.  
(...)

Sírvase explicar que conocimiento tiene usted de la forma como el CND registra la información de indisponibilidad histórica. CONTESTADO. - El CND no presenta esa información a los usuarios del sistema, no conozco la metodología que ellos tienen para guardar esa información, ni esa información se concilia con los agentes"

MMD

S

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

**d. Otras Pruebas Documentales.**

También es necesario resaltar que no fueron tenidos en cuenta por la CREG otros documentos que obran en el expediente, tales como las actas de reunión y comunicados de la empresa, los cuales debieron ser valorados en SU INTEGRIDAD por parte de la CREG previamente a la toma de una decisión. A manera de ejemplo podemos citar los siguientes:

- Actas de reunión Nos. 1 y 2 de 1 y 5 de Septiembre respectivamente.
- Comunicados de Termocartagena de fecha 8 de Junio de 2005, 16 de Mayo de 2005 y 30 de Marzo de 2005 dirigidos a Price Waterhouse Coopers.
- Comunicado de Termocartagena a Transelca de fecha 21 de Julio de 2005.
- Comunicado de la empresa al CND de fecha 22 de Julio de 2005.
- Respuesta de Transelca a la empresa de fecha 28 de Julio de 2005 No. 003297.
- Oficio Ter 0094-2005 de fecha 25 de Agosto de 2005.

**e. Conclusión.**

De acuerdo con lo expuesto, es claro que las pruebas aportadas a la actuación administrativa de ninguna manera conducen, ni soportan, la resolución expedida por la CREG objeto de este recurso, pues como se puso de presente, la CREG no realizó una valoración integral y completa de todo el acervo probatorio, lo que conduce necesariamente a que se configure el vicio de falsa motivación en la resolución.

**2. VIOLACION AL DEBIDO PROCESO**

En Colombia, los lineamientos del debido proceso tienen rango constitucional, así, la legalidad del juez y de la pena se ponen de manifiesto en el artículo 29 de la Constitución Política que establece lo siguiente:

*"ARTÍCULO 29: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"*

El debido proceso es particularmente relevante en el constitucionalismo moderno y cubre las actuaciones en sede judicial y administrativa. Se trata de un principio de singular severidad y gran significado en el universo jurídico.

Es así como los servidores públicos deben tener especial cuidado en no violentarlo, y lo deben acatar en el ejercicio de sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la Ley y el reglamento según lo establecido en el artículo 123 inciso segundo de la Carta:

*'ARTÍCULO 123, inciso 2: Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la Ley y el Reglamento'*

La Corte Constitucional ha hecho hincapié en que el debido proceso "**Comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio de juez natural, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden en**

7  
MMD

7

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

**estricto rigor a la mejor estructura jurídica de los verdaderos derechos fundamentales”.**

*De lo que se trata entonces, es de garantizar en fin, la sumisión de la administración al derecho, de hacer efectivo y operante el principio de legalidad y su sanción, aspectos que en resumen no operaron para el presente caso con la promulgación de la Resolución 050 de 2006.*

*Hechas las apreciaciones anteriores, a continuación nos referiremos a las diferentes violaciones al debido proceso y derecho de defensa, que se configuran en el caso sub-examine.*

**a. Los Registros del CND.**

*TERMOCARTAGENA, mediante comunicaciones dirigidas al CND, mediante comunicado de fecha 22 de Julio de 2005, solicitó la revisión de la información operativa de la unidad de generación Termocartagena 3.*

*Sin embargo, no fue posible verificar tal información, pues ISA mediante respuesta al comunicado de fecha 8 de Agosto de 2005 advierte que de conformidad con le artículo 6 de la Resolución CREG 047 de fecha 29 de julio de 2000 se hace imposible aceptar tal solicitud.*

*A su turno, TRANSELCA mediante comunicado de fecha 28 de Julio de 2005, envió el listado de los eventos registrados en sus archivos, los cuales coinciden con aquellos registrados por TERMOCARTAGENA en su bitácora y con el oficio enviado por la empresa en lo relacionado con los eventos de fechas 14 de enero de 2003, 3 de febrero de 2003 y 13 de abril de 2003.*

*Cabe anotar que los registros del CND no cuentan con un mecanismo por medio del cual se haga pública la información, lo que impide a los generadores del sistema —como es el caso de TERMOCARTAGENA— verificar lo que se registra en la base de datos del CND, aspecto que precisamente ocasionó a TERMOCARTAGENA la imposibilidad de corregir, validar o aclarar dichos registros, vulnerando con ello su derecho de defensa y al debido proceso.*

*Sólo hasta el segundo semestre de 2005, se tuvo conocimiento que el CND implementó (con ocasión de las inconsistencias y errores presentados en el envío de la información por parte de los agentes generadores) el mecanismo de envío de información vía fax a las 12 horas, 6 horas y 24 horas. Antes de ello, esto es, para la época en que TERMOCARTAGENA reportaba la información al CND, el cruce de información de eventos se hacía telefónicamente, corriendo el riesgo que la información no ingresara, o ingresara mal. Al respecto, el ingeniero Ronald James Munevar —Jefe de Planta Ingeniero Mecánico de Termocartagena— manifestó en su testimonio:*

*“... El CND no presenta esa información a los usuarios del sistema, no conozco la metodología que ellos tienen para guardar esa información, ni esa información se concilia con los agentes...”*

*Considero que puede haber errores en la información del CND por la forma en que se transmite la información y es manejada al interior del CND y en esto quiero dar un pequeño ejemplo...”*

*Sin embargo, para proferir la resolución recurrida, la CREG valoró como plena prueba la información registrada por ISA en los archivos del CND, y la aplicó para determinar el índice histórico de indisponibilidad de TERMOCARTAGENA, a pesar que, como se explicó, la información contenida en los archivos del CND no era conocida por TERMOCARTAGENA y por tanto ésta no tuvo tampoco oportunidad para controvertirla, razón por la cual no era procedente valorar esa información como si se tratase de una plena prueba.*

JRD

S

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

**b. La Norma Sobre Bitácoras.**

En la Resolución CREG No. 006 de 2001 se estableció que dentro de los documentos base para determinar la indisponibilidad histórica de las plantas hidráulicas se utilizará, entre otros documentos, la "Información histórica Bitácoras de planta" veamos:

"Para efectos de la determinación del valor verificado, PwC AGA estaba obligado a aplicar el Procedimiento de Verificación de Parámetros previsto en el Anexo general de la Resolución CREG - 006 de 2001, específicamente, del descrito bajo el título "IH's Plantas Térmicas" que se transcribe a continuación:

**"IH's Plantas hidráulicas"**

<b>Documentos base</b>	Resolución CREG-083 de 2000. Resolución CREG-073 de 2000. Acuerdo 103 del CNO de noviembre 15 de 2000. Información histórica Bitácoras de planta. Eventos de unidades de generación registrados en el CND.
------------------------	--

Como se explicó, la bitácora de TERMOCARTAGENA fue desarrollada sobre una plataforma VISTA VISUAL FOX PRO —bitácora electrónica—, pero fue alimentada, previa depuración y clasificación, con la información contenida en los registros físicos de la planta —bitácora física—.

No obstante, a pesar que la norma citada no hace distinción alguna acerca de qué se entiende por bitácora, a pesar que cuando la ley no hace distinción no le es dable a su intérprete hacerla, y que la misma CREG en la resolución objeto de este recurso admite la posibilidad de que las bitácoras sean llevadas en medio magnético, en el procedimiento administrativo sub-examine la CREG decidió delegar la interpretación acerca de qué debía entenderse por bitácora, en el auditor PWC, veamos:

Comunicado de PWH a la CRLG de fecha 1 de Septiembre de 2005:

"... Dado que la norma citada no determina con precisión qué tipo de bitácora (física o electrónica) debe ser tomada por la firma contratada para la verificación de parámetros, y teniendo en cuenta que en este caso se presentan diferencias que pueden modificar el resultado de la verificación, solicitamos nos precisen cuál de las dos bitácoras debe prevalecer para la realización de nuestro trabajo"

En respuesta de fecha 23 de septiembre de 2005, la CREG manifiesta a la PWH: "... Dado lo anterior, corresponde a la firma auditora establecer cuál es el documento en el que reposan los registros de los eventos reales sucedidos durante la operación de la planta y/o unidad de generación..."

Al respecto, es importante resaltar que la CREG carece de competencia para delegar en un particular —como es el caso de la firma auditora PWC— la interpretación de la definición de bitácora establecida en la citada Resolución CREG 006 de 2001. En este mismo sentido, el auditor PWC no tiene investidura, competencia o facultad legal alguna, para realizar la interpretación que le pidió la CREG.

De otra parte, también se configura una violación al principio constitucional según el cual "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa", pues como se explicó, ni la citada Resolución CREG 006 de 2001, ni aquellas que la modifican, especifican qué debe entenderse por bitácora, pero el auditor PWC de manera unilateral decidió interpretar esa norma, haciendo una distinción que dicha resolución no hace, la cual a la postre, fue empleada por la CREG como fundamento de su resolución.

JAD

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*Es decir, el contenido y alcance de lo que debía entenderse por bitácora, que no se encuentra especificado en la normatividad aplicable, fue definido solamente hasta el momento en el que se estaba adelantando la actuación administrativa, que terminó en la modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto, en la que originalmente se había puesto un derecho en cabeza de TERMOCARTAGENA —derecho a recibir los montos por concepto de cargos por capacidad—, para convertirse —a juicio de la CREG— en la pérdida de dicho derecho, todo con fundamento en una interpretación subjetiva y arbitraria, en la que por vía de la aplicación de una distinción que no fue hecha en la norma que reglamenta el caso concreto, se pretende la aplicación de una norma que no preexistía al inicio de la actuación administrativa —ni existe en la actualidad—.*

*Es por eso que en el presente caso, se configura una manifiesta violación al debido proceso de TERMOCARTAGENA y por tanto lo procedente es revocar la resolución impugnada.*

**3. FALTA DE COMPETENCIA DE LA CREG: VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 6 Y 121 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA. EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS SIN COMPETENCIA PARA ELLO.**

*El artículo 6 de la Constitución Nacional señala: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."*

*Por su parte, el artículo 121 de la Constitución Política dispone: "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley."*

*De acuerdo con el artículo 6 de la carta fundamental, a diferencia de los particulares, los servidores públicos solamente pueden actuar respecto de lo que la Constitución y la Ley les tenga permitido; el ejercicio de la función pública tiene como límite la Constitución y la Ley, sin que el servidor estatal pueda desconocer dicha frontera, o ejercer funciones o potestades, que no le han sido atribuidas expresamente por las normas constitucionales o legales, según fuere el caso. La facultad discrecional de que están investidos algunos servidores estatales, por ser de carácter excepcional, también requiere consagración expresa en el régimen jurídico colombiano.*

**a. Ausencia de autorización legal, directa y expresa, que faculte a la CREG para delegar en XM el cobro judicial de las sumas objeto de devolución.**

*La CREG carece de competencia para delegar en XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. el cobro judicial del valor ordenado por la CREG a ser devuelto por TERMOCARTAGENA. En efecto, dentro de las funciones asignadas a la CREG por las Leyes 142 y 143 de 1994 no existe ninguna que la faculte expresamente para delegar en XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. el adelantamiento de acciones judiciales para exigir a los agentes el pago de acreencias derivadas de transacciones de energía en el Mercado Mayorista de Energía y, menos aún, tratándose de la naturaleza y origen de los valores a que se refiere la resolución impugnada.*

*Así, ni en las funciones generales ni en las especiales establecidas en los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, ni tampoco dentro de las atribuciones otorgadas a la CREG en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994, encontramos que exista la facultad para la CREG de delegar en XM la gestión judicial del cobro de acreencias por transacciones realizadas en la Bolsa de energía ni de servicios complementarios.*

*Y es a la Ley, y no a la CREG, la que le corresponde fijar las competencias en materia de responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Así lo prevé el artículo 367 de la Constitución, el cual dispone que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a -la prestación de los servicios públicos domiciliarios; su cobertura, su calidad y financiación, y el régimen tarifario, el cual deberá tener en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*

7  
MD

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*Resulta claro que ni los artículos 167 y 171 de la Ley 142 de 1994, ni el artículo 32 de la Ley 143 de 1994, ni los literales c y d del Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, facultan, de manera expresa, a la CREG para establecer dicha obligación a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. de ejercer y adelantar acciones judiciales para el cobro de acreencias o conceptos derivados de transacciones del Mercado Mayorista o servicios complementarios.*

*El artículo 167 de la mencionada Ley 142, dispone que:*

*"Art. 167 Reformas y escisión de ISA. S.A. Autorízase al gobierno nacional para modificar el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A., que en lo sucesivo será el de atender la operación y mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión y prestar servicios técnicos en las actividades relacionadas con su objeto principal."*

*Parágrafo 1. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional organizará el centro nacional de despacho como una de sus dependencias internas, que se encargará de la planeación y coordinación de la operación de los recursos del sistema interconectado nacional y administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, con sujeción a las normas del reglamento de operación y a los acuerdos del consejo nacional de operación.*

*Parágrafo 2. La empresa encargada del servicio de interconexión nacional contará con recursos propios provenientes de la prestación de los servicios de despacho del transporte de electricidad, de los cargos por el acceso y uso de sus redes de interconexión y por los servicios técnicos relacionados con su función.*

*(...)*

*En esta disposición no se faculta a la CREG para delegar en XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. el cobro judicial de las acreencias del Mercado Mayorista de Energía.*

*Tampoco el artículo 171 de la misma Ley 142 le atribuye competencia a la CREG, para delegar y ordenar a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. el cumplimiento de la obligación antes mencionada.*

*Como lo ha reiterado en diversas oportunidades, el Consejo de Estado:*

*"...Pues como repetidamente ha precisado la Corporación, en el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud del estado de derecho que lo inspira, no puede aseverarse la existencia de competencias tácitas o implícitas en el ejercicio de funciones administrativas, por el contrario, las autoridades que tienen a su cargo el cumplimiento de esas funciones, sólo pueden ejecutar la medida del poder público que les asigna la Constitución Política, la ley o el reglamento y deben hacerlo observando la oportunidad, los motivos, los requisitos de fondo y forma y los fines previstos en el ordenamiento positivo colombiano. Como lo enseña la Constitución Política en su artículo 60 y 23, al señalar, por el primero responsabilidad a los servidores públicos, no sólo por infringir la Constitución y la ley sino por la omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Y el segundo, que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento..."*

*Conforme se anotó, en ninguna de las normas que asignan funciones a la CREG y al CND se encuentra señalada, de manera expresa, la facultad para delegar o encargar a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. la obligación del referido cobro judicial. Tampoco la Ley le atribuyó, encomendó o encargó a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. el cumplimiento de dicha actividad o función.*

*JMS*

*F*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*Adicional a lo anterior es de advertir que entre la CREG y XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. no existe ninguna relación jerárquica de dependencia, subordinación, orgánica, funcional, ni material, toda vez que XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta, constituida en forma de sociedad anónima, cuyo régimen aplicable para sus actos y contratos es el del derecho privado. De ahí que la naturaleza jurídica de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. es de una sociedad privada y de ninguna manera puede ser considerada entidad descentralizada que haga parte de la rama ejecutiva del poder público.*

*Con fundamento en los razonamientos anteriores, se solicita a la CREG se sirva revocar la resolución CREG 050/06, por haber sido expedida sin tener competencia para ello; con dicha actuación, la CREG violó los artículos 6 y 121 de la Constitución Política.*

**b. Falta de competencia de la CREG para imponer sanciones —improcedencia de la condición resolutoria planteada por la CREG, dado que la misma es nula por tratarse de una condición meramente potestativa.**

*Adicional a los argumentos anteriores, que también pueden aplicarse a este numeral para sustentar el vicio de nulidad de la Resolución CREG 050/06 por falta de competencia de la CREG para imponer sanciones, es pertinente anotar que la CREG para desvirtuar, eludir y desviar la discusión sobre su falta de competencia para imponer sanciones, con fundamento en el numeral 10.5 del artículo 10 de la Resolución CREG 116 de 1996 modificada por el artículo 1 de la Resolución CREG 083 de 2000, argumenta que los pagos por concepto de Cargo por Capacidad están sometidos a una condición resolutoria, 'consistente en que si mediante acto administrativo en firme se determina la existencia de las referidas discrepancias, por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG, los pagos hechos sobre el correspondiente período, se tendrán como pago de lo no debido.'*

*Agrega la CREG:*

*'Se deduce con claridad de la disposición transcrita que la consecuencia de que el VD (Valor a Distribuir) del Cargo por Capacidad sea igual a cero, no constituye una sanción por cuanto que los pagos hechos por concepto de cargo por capacidad están sometidos a una condición resolutoria. Si esta condición se cumple, los pagos hechos sobre el correspondientes periodo se tendrán como pago de lo no debido, pero no porque se esté sancionado al agente sino como consecuencia de haber aportado indebidamente la información con la cual se calcula el cargo por capacidad.*

*En estos términos resulta lógico, como lo establece la regulación, que si la información a cargo del agente que sirve para calcular su participación en el cargo por capacidad es errónea, se pierda el beneficio que surge de la consideración de tal información, pero se insiste, no como una sanción, sino como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria a la cual están sujetos los pagos por concepto de cargo por capacidad.'*

*En relación con el anterior argumento planteado por la CREG en la Resolución recurrida, es importante señalar que en la medida en que dicha condición resolutoria, consistente en el cumplimiento de un hecho futuro e incierto, depende de la mera potestad o voluntad de la CREG (asimilándolo a la persona que se obliga) la misma resulta nula. En efecto, el artículo 1535 del Código Civil dispone que "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga". En palabras del tratadista Guillermo Ospina Fernández: "la condición destruye el carácter obligatorio que es esencial en todo vínculo jurídico; es decir que me obligo si quiero, es lo mismo que decir: yo hago lo que quiera, pero no reconozco obligación alguna; la estipulación carece de seriedad."*

*Por lo anterior, en la medida en que el pago del cargo por capacidad esté sujeto al acaecimiento de un hecho futuro e incierto que depende de la mera potestad de la CREG, dicha condición resolutoria está afectada de nulidad y, por tanto, se deberá entender como*

*JAD*

*f*



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*una verdadera sanción la disposición de la CREG que establece como cero (0) el valor a distribuir del cargo cuando se haya determinado la existencia de discrepancias entre los parámetros declarados y los verificados por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG.*

*En esta forma, resulta claro que la consecuencia prevista en la norma consistente en que el valor a distribuir por cargo será equivalente a cero y su configuración como un pago de lo debido, se constituyen por su naturaleza y contenido en verdaderas sanciones, para lo cual la CREG carece de competencia expresa y directa por la Ley, en particular, las competencias atribuidas a la CREG por el art. 23 de la Ley 143 de 1994, y por los arts. 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, no implican la competencia para imponer una sanción como la que se discute.*

#### **4. CONCLUSIÓN GENERAL.**

*Se encuentra entonces suficientemente demostrado que NO HAY PRUEBAS que demuestren la existencia -de la discrepancia que según informe técnico titulado "Indisponibilidad Histórica Plantas Unidades Térmicas"; entregado por la firma PRICE WATERHOUSE COOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA, el día 29 de Septiembre de 2005, presentaba supuestamente la planta y/o unidad de generación Termocartagena 3 en el valor del parámetro Indisponibilidad Histórica Plantas Térmicas reportado para el cálculo del Cargo por Capacidad Vigencia 2004-2005.*

*No existe una diferencia superior al 10% entre la información declarada por TERMOCARTAGENA y aquella resultante de realizar una comparación con la información arrojada por la bitácora de TERMOCARTAGENA —bitácora electrónica- y los registros del CND, razón por la cual nos encontramos dentro de los rangos de holgura o márgenes de error establecidos en la Resolución CREG 116 de 1996 y aquellas que la modifican, por lo cual no hay lugar a discrepancia alguna en los términos de la resolución recurrida.*

*Por todo lo anterior, el VD no puede ser igual a cero (0) en las estaciones de verano e invierno para las cuales se utilizó la información del Cargo por Capacidad y por lo mismo NO HAY LUGAR a la devolución de pagos recibidos en los términos del Artículo 10 num. 10.5 de la Resolución CREG 116 de 1996, modificado por el Artículo 1 de la Resolución CREG 083 de 2000.*

*Además, como se explico en detalle, la CREG no tiene competencia para expedir el acto administrativo que se recurre.*

*Como conclusión, lo procedente en este caso es revocar la resolución impugnada y ordenar el ARCHIVO de la investigación.*

**Que XM por conducto de su representante legal, interpuso recurso de reposición contra la resolución CREG 050 de 2006, exponiendo lo siguiente:**

#### 1. Objeto del Recurso.

El recurso pretende que se modifique el párrafo del artículo 5 de la Resolución CREG 050 de 2006 en el sentido de eliminar la obligación asignada al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, ASIC, consistente en iniciar y llevar a cabo todas las gestiones y acciones judiciales necesarias para obtener las devoluciones ordenadas en la misma resolución y en su lugar, se ordene al ASIC que en caso de no llegarse a un acuerdo del pago con Termocartagena o en caso de incumplimiento del mismo y de no existir en el mercado sumas de dinero a favor de esta empresa, el ASIC deberá proceder de

JMD

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

conformidad con los procedimientos establecidos en el Reglamento de Operación, específicamente el procedimiento regulado en el artículo 21 del anexo 1 de la Resolución CREG 019 de 2006.

2. Motivos de Inconformidad:

En síntesis, son los siguientes:

- 2.1. Dentro del capítulo de hechos expone que XM es una "Empresa de Servicios Públicos" aunque no es una empresa que preste servicios públicos domiciliarios. Su objeto social consagra la prestación de los servicios a que se refieren los artículos 167 y 171 de la Ley 142 de 1994 y por ese sólo hecho adquieren la condición de servicios públicos de conformidad con el artículo 1 y 14.20 ibidem. En su actividad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC - XM aplica el Reglamento de Operación vigente, realiza una actividad transparente en el mercado y su patrimonio no se afecta económicamente con el comportamiento de los diferentes agentes del mercado o de las condiciones especiales que se registran en las transacciones económicas en el mercado de energía o en el entorno del mismo. Agrega, que con fundamento en lo establecido en las leyes 142 y 143 de 1994 y específicamente en el artículo 16 de la Resolución CREG 024 de 1995, XM ejerce su función de ASIC en virtud de un contrato de mandato con representación que le fue otorgado por los agentes que negocian en el mercado de energía, por lo tanto, XM no hace parte de las transacciones jurídicas, pues ellas se radican en cabeza de los agentes del mercado. XM no es parte en las compraventas de energía y por ello no se radican en su cabeza los derechos y obligaciones que surgen de estas transacciones.
- 2.2. El ASIC no factura el valor a Distribuir del cargo por Capacidad. La regulación prevé que está en cabeza del propio generador la causación del recaudo del valor asignado por concepto de cargo por capacidad a través de sus ventas de energía. El ASIC factura la diferencia entre el valor recaudado (valor a recaudar) por el generador y el valor que debe recibir mensualmente (Valor a Distribuir), teniendo en cuenta que, cuando el valor recaudado sea mayor que aquel que debió recibir (valor distribuir) se produce un cobro al generador correspondiente y viceversa (Valor a Facturar).
- 2.3. El Reglamento de Operación establece el procedimiento que debe adelantarse en caso de incumplimiento en el pago de las obligaciones por parte de un agente del mercado de energía, al efecto dispone el artículo 21 del Anexo 1 de la resolución CREG 019 de 2006, que son los Agentes del Mercado que ostentan la calidad de acreedores frente al deudor, quienes podrá iniciar las acciones respectivas para el cobro de las obligaciones insolutas.

*JMD*

*f*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- 2.4. Como fundamentos de derecho cita los artículos 32 parágrafo 3, 128, 130, 167 parágrafo, 171 numeral 171.3 de la Ley 142 de 1994, 7, 11 y 34 de la Ley 143 de 1994, 1 y 11 literal d) de la Resolución CREG 024 de 1995, 3 de la Resolución CREG 001 de 1996, 21 del anexo 1 de la Resolución CREG 019 de 2006 y el anexo 2 de la Resolución CREG 116 de 1996.
- 2.5. Las acciones judiciales a cargo de XM pueden ser excepcionadas por Termocartagena por falta de personería jurídica sustantiva para demandar.
- 2.6. No es posible sostener que el ASIC haya efectuado el pago de lo no debido, porque el ASIC no ha realizado pago alguno por el equivalente al valor objeto de la devolución por parte de Termocartagena. Lo que sucede realmente es que la citada empresa debe realizar la devolución de los recaudos por concepto de cargo por capacidad con base en un valor a distribuir igual a cero.
- 2.7. El usuario final es el beneficiario real de los dineros objeto de devolución. Entre XM y el usuario no existe ninguna relación directa lo que impide a esta empresa realizar gestión alguna respecto de estos dineros y necesariamente debe acudir a los agentes comercializadores como lo consagra el artículo 6 de la Resolución CREG 050 de 2006. Los agentes comercializadores son quienes ostentan la calidad de acreedores del Mercado Mayorista.
- 2.8. En el evento de que no se firme el acuerdo de pago o que suscrito éste, no sea honrado su cumplimiento por el deudor, el ASIC tal como lo dispone el artículo 21 del anexo 1 de la Resolución CREG 019 de 2006, procederá a facturar a Termocartagena el valor de lo adeudado, momento en el cual expedirá las correspondientes notas crédito a los comercializadores a prorrata de su participación en la demanda del mes respectivo. Inmediatamente, de conformidad con los soportes contables expedidos, el ASIC procederá a diligenciar los pagarés que tiene en su poder, de conformidad con la carta de instrucciones correspondiente y a endosarlo a favor de los acreedores, para que éstos inicien las acciones judiciales de cobro.
- 2.9. El acto impugnado no fue objeto de notificación a XM y se conoció con ocasión de su publicación en la página web de la CREG. Al interponer recurso de reposición, XM se notifica por conducta concluyente.

Que **para resolver el recurso interpuesto se decretaron las siguientes pruebas mediante auto del 9 de noviembre de 2006:**

1. Testimoniales:

J  
YMD

S

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

1.1. Declaración del señor Mauricio Villareal Gallego, Ingeniero de Sistemas citado a instancia de Termocartagena. La diligencia se practicó el 11 de diciembre de 2006 (Obra a Fol. 439).

## 2. Documentales

2.1. Se tuvo como prueba debidamente aportada, el documento allegado por la empresa Termocartagena S.A E.S.P en su memorial con radicación CREG Nos. E-2006-006856 del 25 de septiembre de 2006 (Obra a Fol. 383).

2.2. Se ordenó a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P remitir a la presente actuación:

2.2.1. Copia de la comunicación del 17 de marzo de 2005 que Price Waterhouse Asesores Gerenciales Ltda. dirigió a Termocartagena S.A E.S.P dentro de la verificación del cargo por capacidad vigencia 2004 - 2005. (Obra a Fol. 431)

2.2.2. Copia de la comunicación del 22 de julio de 2005 dirigida al CND, mediante la cual Termocartagena S.A E.S.P solicitó revisión de la información operativa de la unidad de generación Termocartagena 3 y de la respuesta dada por el CND mediante comunicación del 8 de agosto del mismo año. (obran a Fols. 428 y 425 respectivamente)

## 3. Informe Técnico

3.1. Se solicitó a XM informar si la información sobre eventos registrados en el CND de las plantas y/unidades de generación que se utiliza para la verificación de parámetros del Cargo por Capacidad, concretamente, del IH's Plantas Térmicas, en los términos del Anexo general de la Resolución CREG - 006 de 2001, es o no pública y si los agentes tienen acceso a ella. En caso de que la respuesta sea afirmativa se servirá señalar el medio de publicidad existente y el mecanismo de que disponen los agentes para su corrección. (El informe obra a Fol. 423 y las aclaraciones al mismo a Fol. 489).

**Que Termocartagena por conducto de su apoderado, mediante comunicación con radicación CREG E-2006-009065 del 13 de diciembre de 2006, presentó un incidente pidiendo la nulidad de lo actuado a partir del auto del 15 de noviembre de 2005** y alegando, en resumen, que XM no fue vinculada a la presente actuación no obstante tener la calidad de interesada, lo cual quedó evidenciado con la expedición de la Resolución CREG 050 de 2006, que establece una supuesta obligación de Termocartagena a favor de aquella y le impone a XM una serie de obligaciones tales como acordar con Termocartagena un plazo para la devolución de los valores recibidos por concepto de cargo por capacidad e iniciar y llevar a cabo gestiones y acciones judiciales necesarias para obtener las devoluciones ordenadas por dicha resolución. También se afirma que Termocartagena tiene derecho, por virtud

YMD

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

del debido proceso, a que XM exprese e intervenga en la actuación desde su inicio, para poder controvertir lo que XM exponga en la actuación.

Que teniendo en consideración que mediante memorial con radicación CREG E-2006-008953, el Sr. Guillermo Ortiz Quijano quien dijo representar a la empresa VISTA CAPITAL S.A, antes denominada TERMOCARTAGENA S.A E.S.P, confirió poder al abogado Daniel Posse Velásquez para que represente a la citada empresa dentro de la presente actuación y vía gubernativa y que no se encontraba acreditada la transformación de la empresa TERMOCARTAGENA S.A E.S.P en la empresa VISTA CAPITAL S.A y, por ende, la representación de esta última, mediante auto del 19 de diciembre de 2006, se resolvió conceder un término al apoderado de Termocartagena para allegar el certificado de existencia y representación de la empresa VISTA CAPITAL S.A E.S.P.

Que el certificado de existencia y representación solicitado fue allegado mediante comunicación con radicación CREG E-2006-009391 del 22 de diciembre de 2006 (Fol. 457) y en él consta que por escritura pública No. 0003432 de la Notaría Tercera de Cartagena del 15 de septiembre de 2006, inscrita el 28 de noviembre de 2006, la sociedad cambio su nombre de TERMOCARTAGENA S.A E.S.P por el de VISTA CAPITAL S.A.

Que mediante memorial con radicación CREG E-2007-000225 del 10 de enero de 2007, el apoderado de VISTA CAPITAL S.A E.S.P elevó solicitud de aclaración y complementación del informe rendido por XM mediante comunicación E-2006-008717 del 29 de noviembre de 2006, no sin antes exponer, las que dice son las razones por las cuales resultan relevantes las referidas aclaraciones y complementaciones. Estas razones son, en síntesis, las siguientes:

1. Dice que Price cometió los siguientes graves errores:

- 1.1. Las mal llamadas bitácora física y bitácora electrónica no tienen diferencias, son complementarias como lo certificó el perito (Pag. 4 del informe pericial).
- 1.2. Los eventos de prueba según el CND y Termocartagena son idénticos, a pesar de que Price vio en ellos diferencias inexistentes.
- 1.3. En el traslado de su informe a Termocartagena Price no reveló ni entregó la relación y explicación detallada de la memoria de cálculo y el método utilizado. Tampoco al expediente se ha allegado esa información. No se conocen los eventos que Price incluyó en esa memoria de cálculo con base en el informe del CND. Termocartagena no ha gozado de la oportunidad de contradecir los ejercicios errados y artificiales de Price, que, hasta donde se logra descifrar, tales ejercicios tienen múltiples errores.
- 1.4. Es evidente que Price cometió otros errores como se deduce de las conclusiones que transcribe, que no es posible identificar y precisar por

*J. M. M.*

*S*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

la omisión de relacionar o anexar el detalle de la memoria de cálculo y método utilizado.

2. Afirma que el informe realizado por el auditor no cumple con los requisitos a que se refieren los numerales 2.3 y 2.4 del artículo 2 de la Resolución CREG 006 de 2001.
3. Advierte que conforme al Anexo general de la Resolución CREG 006 de 2001, Price debía solicitar al CND la relación de los eventos registrados durante el periodo de verificación. Si en la relación de eventos entregada por el CND o el CRD, existe un número de eventos superior al 10% al número de eventos registrados por el agente, el auditor debe proceder a la inclusión de los eventos divergentes verificados dentro de la base de cálculo, y recalcula el IH.
  - 3.1. Según la relación de eventos suministrada por el CND, dicha entidad contabiliza el número de eventos con un criterio distinto al que utilizó Price. Para el CND una prueba da lugar a varios eventos dependiendo, aparentemente, de la duración y/o la distinta generación de calor o energía durante la prueba. Price contabilizó las pruebas como un solo evento, uno a uno, independientemente de su duración y características. Conforme con este criterio mal utilizado por Price, para el cálculo del cargo por capacidad 2004-2005, Termocartagena reportó un total de cinco (5) eventos de prueba. Para su comparación con los eventos del CND, Price debió aplicar el mismo criterio aplicado por el CND. Al hacerlo bien, no sólo estaría claro que la bitácora de Termocartagena da cuenta de siete (7) pruebas y no cinco (5), sino que dieron lugar a los mismos quince (15) eventos.
  - 3.2. El perito incurrió en el mismo error de Price, aun así es de anotar que el perito reconoce que fueron siete (7) pruebas y no cinco (5) como de manera errada decía Price.
  - 3.3. Sólo los eventos no coincidentes pueden dar lugar a diferencias en el número de eventos, para luego proceder a su inclusión en la base de cálculo. Si bien Price afirma que hay diferencias en el número de eventos, hay como probar con las aclaraciones de XM, que estos eventos son idénticos y, por lo tanto, esa diferencia en número es artificial. Es posible que las diferencias en eventos de indisponibilidad, servicio y reserva obedezcan a la misma causa, esto es, a la errada y artificial base de cálculo elaborada por Price, pero no es posible demostrarlo única y exclusivamente porque Price no entregó en su informe esa relación o base de cálculo en forma detallada, precisa, clara y completa. El informe no dice cuáles son los eventos no coincidentes. Sólo los eventos no coincidentes son los que se incluyen en la base de cálculo. Los eventos que coinciden entre la información del CND y Termocartagena, no pueden agregarse a la base de datos, porque en esta ya están.

J  
MSD

S

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

4. Afirma que la definición de evento enmarcada en el contexto de la normatividad de conexión y transmisión, por analogía, permite concluir que un evento en generación es “la situación que cause la indisponibilidad parcial o total de una planta de generación y que ocurre de manera programada o no”.
  - 4.1. Conforme con la fórmula para el cálculo del IH establecida en la resolución CREG 073 de 2000, los eventos relevantes para ésta son los eventos de servicio (HO) los eventos de prueba (HO), los eventos de indisponibilidad (HI) y las horas equivalentes de indisponibilidad por derrateo. El estado de reserva no es un evento en la medida que no causa indisponibilidad y tampoco aporta horas de operación ni de indisponibilidad.
  - 4.2. Tanto la auditoría de Price como el perito, incluyeron el número de eventos de reserva dentro del cálculo de la diferencia del número de eventos, lo cual es un error que provocó artificialmente una diferencia en el número de eventos mayor al 10%.
  - 4.3. No existe un criterio uniforme o determinado por la ley conforme con el cual los agentes del mercado puedan enumerar los eventos. Aplicando el artículo 29 del C.C, corresponde entonces a la auditoría aplicar el sentido propio de la técnica de la palabra evento para lo cual debió indagar las pautas o criterios según los cuales el CND distingue y contabiliza el número de los eventos, para así aplicar el mismo criterio al elaborar la base de cálculo tomada de la bitácora de Termocartagena. La aplicación del criterio debe ser uniforme tanto por parte del CND como por parte de los agentes y en especial por los auditores y el perito. No hacerlo así conduce a una duplicación errada y artificial de horas por eventos que se adicionan a pesar de ya estar en la base y a que la comparación sea técnicamente errada, pues comparar eventos enumerados bajo criterios distintos es como comparar “peras con manzanas”.
5. Manifiesta que el cálculo sobre la relación de eventos registrados divergentes que hicieran el auditor y el perito debía contener criterios técnicos iguales so pena de incurrir en error grave que afecta la eficacia de la prueba practicada. En la medida que los experticios rendidos tanto por la auditoría como por el perito incurrieron en un error grave al enumerar de manera anti-técnica el número de eventos, usando criterios distintos a los aplicados por el CND, estos experticios no pueden ser tenidos como pruebas válidas dentro del proceso.
  - 5.1. El informe de auditoría de Price y el dictamen del perito carecen de eficacia o valor probatorio por omisión de los siguientes elementos:
    - 5.1.1. Que el dictamen sea debidamente fundamentado.

J  
MAD

J

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

5.1.2. Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos.

5.1.3. Que no se haya violado el derecho de defensa de la parte perjudicada con el dictamen o su debida contradicción.

6. Sostiene que para sustentar todo lo anterior pasa a mostrar la identidad en los eventos de prueba informados por el CND y por Termocartagena, a pesar de que Price concluyó de manera artificial que eran 15 y 5 respectivamente. Dice que el perito de manera acertada dijo que eran siete (7) pruebas pero no las contabilizó con igual criterio al usado por el CND. Para el efecto presentó los siguientes cuadros:

6.1. Eventos de prueba según Termocartagena:

Periodo de evento	Horas del evento	No de eventos según Perito
Abril 22 de 2002	8:49 - 10:49	1
Abril 25 de 2002	18:19 - 20:56	1
Diciembre 26 de 2002	0:00 - 13:12	1
Octubre 10 de 2003	9:07 - 12:15	1
Octubre 22 de 2003	10:35 - 14:33	1
Diciembre 4 de 2003	4:52 - 14:38	1
Febrero 23 de 2004	16:11 - 18:15	1
<b>TOTAL</b>		<b>7</b>

6.2. Eventos de prueba según CND:

Periodo de evento	Horas del evento	No de eventos según CND
Abril 22 de 2002	8:59 - 10:59	3
Abril 25 de 2002	18:19 - 20:56	2
Diciembre 26 de 2002	00:10- 13-12	2
Octubre 10 de 2003	9:07 - 12:15	2
Octubre 22 de 2003	10.39-14-36	1
Diciembre 4 de 2003	4:51-14-39	2
Febrero 23 de 2004	16:11-18:05	3
<b>TOTAL</b>		<b>15</b>

6.3. Coincidencia de los eventos de prueba

*JMM*

*S*



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

TERMOCARTAGENA				CND			
Fecha de la prueba	No. Evento según Perito <sup>3</sup>	Horas de evento	Duración	No. Evento según Price	Horas de evento	Duración	Coincidencia en fecha, hora y duración <sup>3</sup>
Abril 22/2002	1	8:49-10:49	2 horas	3	8:59-10:59	2 horas	SI
Abril 25/2002	1	18:19 - 20:56	2 horas 35 minutos	2	18:19 - 20:56	2 horas 35 minutos	SI
Diciembre 26/02	1	0:00 - 13:12	13 horas 12 minutos	2	00:10-13-12	13 horas 2 minutos	SI
Octubre 10/03	1	9:07 - 12:15	3 horas 8 minutos	2	9:07 - 12:15	3 horas 8 minutos	SI
Octubre 22/03	1	10:35 - 14:33	3 horas y 58 minutos	1	10:39-14-36	3 horas 57 minutos	SI
Diciembre 4/03	1	4:52 - 14:38	9 horas y 46 minutos	2	4:51-14-39	9 horas y 48 minutos	SI
Febrero 23/04	1	16:11 - 18:15	2 horas y 4 minutos	3	16:11-18:05	1 hora y 54 minutos	SI
<b>TOTAL</b>	<b>7</b>			<b>15</b>			<b>SI</b>

6.4. A partir de los anteriores cuadros llega a la conclusión de que no existe ninguna diferencia entre los eventos de prueba registrados por Termocartagena y los reportados por el CND, pues los eventos coinciden uno a uno por su fecha, hora y duración.

7. Insiste luego en que Price no ha dado el detalle de eventos divergentes y que por eso es importante conocer qué relación entregó el CND a Price. Agrega que, así como el informe es parcial e incompleto, no se ha cumplido el requisito de dar traslado real y efectivo del trabajo completo de Price a Termocartagena para someterlo a su contradicción.

8. Sostiene en relación con lo informado por XM acerca de que cuando no se está de acuerdo con la información de eventos se debe acudir al mecanismo dispuesto por el artículo 10 de la Resolución CREG 006 de 2003, que este artículo y el 7 de la misma resolución se refieren sólo a la objeción de eventos de generación que son los relevantes para la liquidación de transacciones comerciales. Tales artículos, según Termocartagena, no regulan la objeción a eventos de prueba, de reserva o de indisponibilidad.

8.1. Expresa que teniendo en cuenta que los eventos de prueba registrados por Termocartagena y los reportados por el CND coinciden exactamente por su fecha, hora y duración, no había lugar a que Termocartagena objetara el reporte del CND.

8.2. Dice que no conoce cuáles son los eventos de reserva y de indisponibilidad divergente que encontró Price, para poder controvertir si tales divergencias existen o no, si se objetaron o no, y por qué.

9. Manifiesta que a partir de los datos del informe realizado por el perito Mauricio Correa se procede a hacer los ajustes pertinentes excluyendo los eventos de reserva que no hacen parte de la fórmula de IH y se adicionan en

JPD

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

la columna de eventos, según Termocartagena, la cifra de ocho (8) como el número de eventos necesarios para igualarlos a quince (15) de acuerdo con la interpretación de contabilización hecha por el CND, como se expresa en el siguiente cuadro:

EVENTO	TERMOCARTAGENA	CND
Servicio	48 (incluye 41 de servicio más 7 de prueba)	57 (incluye 42 de servicio más 15 de prueba)
Indisponibilidad*	40	47
Total	88	104
Eventos adicionados para igualar en 15 los eventos de prueba	8	-
Total eventos, con eventos de prueba ajustados	96	104

Diferencia: ocho eventos que corresponden a un 7.69%

- 9.1. Concluye a partir del cuadro anterior que la divergencia de eventos relevantes para calcular el IH asciende a la suma de 8 y su porcentaje de diferencia a 7,69%.
- 9.2. Expresa que los eventos de prueba registrados por Termocartagena y reportados por el CND son coincidentes y en este sentido no es viable encontrar una diferencia en cantidad, si la hubiera ¿Qué horas se agregarían y por qué si ya estaban en la base?
- 9.3. Afirma que según el reporte del perito Mauricio Correa los eventos de indisponibilidad registrados por Termocartagena ascienden a la suma de 40 y que en los registros del CND ascienden a 47.
- 9.4. Dice que según el reporte del perito Mauricio Correa, los eventos de servicio registrados por Termocartagena son 41 (en su informe el perito adiciona a los 41 eventos de servicio, 7 eventos de prueba, para un total de 48). Los eventos de servicio reportados por el CND son 42 (en su informe el perito incluye dentro de los 42 eventos de servicio, 15 eventos de prueba, para un total de 57). Agrega que un evento de diferencia no es importante, aún cuando seguro tiene su explicación no dada, por la omisión de revelación de Price.
- 9.5. Concluye afirmando que está probado que el número de eventos divergentes no es superior en un 10% o más y por lo tanto, el ejercicio del recálculo del IH elaborado por Price es infundado e ilegal pues se hizo incluyendo informaciones de eventos divergentes que no era procedente incluir.

*J*  
*MAD*

*f*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Que el apoderado de Termocartagena mediante memorial con radicación CREG E-2007-001382 del 21 de febrero de 2007 se pronunció sobre las aclaraciones y complementaciones rendidas por XM, en resumen, en los siguientes términos:

1. En primera instancia hace una aclaración preliminar donde afirma que es falsa la afirmación de XM acerca de que para el cálculo de la discrepancia en el IH de Termocartagena no es relevante la información de eventos del CND, agrega que XM acudió a evasivas para omitir dar respuesta clara y precisa a la primera pregunta y que sin esta información es imposible saber si el criterio aplicado por Price coincide con el aplicado por el CND y, por lo mismo, es imposible saber si existen discrepancias entre los eventos reportados por Termocartagena y los reportados por el CND.
2. Dice que el informe de verificación no incluye como anexo la memoria de cálculo como lo exige el Anexo de la Resolución CREG 006 de 2001, omite citar el método que aplicó y que esta memoria de cálculo tan sólo vino a ser allegada al expediente con la comunicación de marzo 31 de 2006, remitida por XM al perito Mauricio Correa. Afirma que de esta comunicación y su contenido (que Termocartagena aún desconoce), allegada de manera extemporánea y en un CD cuyo contenido no se ha impreso, no se ha dado traslado a Termocartagena. Es decir, Termocartagena no ha podido ejercer su derecho de defensa y contradicción. Agrega que XM no le suministro lineamientos a Price y que esto confirma que Price no dispuso con claridad de esos criterios.
3. Afirma que la Resolución CREG 024 de 1995 usa la palabra evento en referencia a aquellos que modifican la disponibilidad de la unidad, pero que dicha resolución no indica cuándo comienza y cuando termina un evento, tampoco cómo se enumera un evento que sufre cambios dentro de su duración es decir sin finalizar, ni en ella existe el mal denominado evento de reserva. Que en el expediente existe prueba plena de que Price contó eventos idénticos como uno, según la bitácora, y como tres (3) según XM. Dice que así consta en las hojas que contienen los pantallazos de los eventos de prueba que anexa.
4. Reconoce que como lo dice el mismo Price en su informe, el periodo analizado tiene un total de 26.304 horas, pero que la sumatoria de horas de duración de eventos calculada por Price según aparece citada por el perito Mauricio Correa en la adición al informe pericial, página 5 y siguientes de mayo 22 de 2006, son tan solo 1076 horas, es decir, a Price se le perdieron 25.228 horas.
5. Dice que es sorprendente que XM en su respuesta remite la relación de eventos de reserva relevantes para calcular el cargo por capacidad de 2004-2005, correspondiente al periodo de septiembre de 2000 hasta septiembre de 2003 y que Price en cambio analizó, según lo dice el perito, el periodo de octubre de 2001 a septiembre de 2004. Se pregunta, ¿cuál información entregó XM a Price, si es que entregó alguna?

J  
MBO

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

6. Afirma que XM no aportó copia de comunicación alguna mediante la cual hubiera entregado la relación de eventos a Price y que, entonces, no está probado la fuente de donde Price obtuvo esa relación de eventos.
7. Sostiene que al haberse eliminado la información sobre pantallazos de eventos la información que Price incluye como proveniente del CND no puede tomarse como información oponible y aceptada por Termocartagena.
8. Afirma que en los eventos de reserva según el CND Price dijo que eran 94, el perito dice que según Price son 93, pero que al contarlos ellos solo suman 88 y que esto lo confirma el propio perito que en la adición al informe pericial, manifestó *"no se analizó el trabajo de Price (...) en lo que compete a la elaboración de la base de cálculo (ni en número de eventos identificados ni en su duración) (...) sin embargo si así se desea puede ser aclarado posteriormente, y así se recomienda hacerlo."*
9. Se pregunta ¿cómo hizo Price para afirmar con certeza, que la relación de eventos tomada por ellos de la llamada bitácora física tiene discrepancias con el reporte de eventos del CND? ¿Acaso Price logró hacer legible lo que el perito calificó como ilegible? ¿Logró estandarizar los que el perito calificó de no estandarizado? ¿Llegó a interpretaciones objetivas y únicas, no susceptibles de interpretación distinta? ¡Imposible!
10. También se pregunta ¿Cómo es posible, sin que eso haga perder todo mérito la informe de Price, que este –según dice el perito que Price dijo – indique en cada uno de los eventos de reserva un porcentaje de derrateo (ver relación de eventos obrante en la página 5 de la adición al dictamen).
11. En la página 11 de su escrito, numeral 3.2.11 (Fol. 508), presenta las que a su juicio son inconsistencias de la duración de los eventos de reserva según la relación remitida por XM frente a las cifras de reservas del reporte de Price.
12. En la página 12 de su escrito, numeral 3.2.12 (Fol. 509), afirma que el propio perito cuestiona la validez y seriedad del informe de Price.
13. En la página 12 de su escrito, numeral 3.2.13 (Fol. 509), afirma que el perito no da fe de la base de cálculo elaborada por Price con base en la mal llamada bitácora física: el propio perito dejó claro que su dictamen no tiene la virtualidad de dar valor probatorio al informe de Price, ni remplazarlo, sino que se limita a verificar algunas operaciones aritméticas, sin validar la recolección de información ni hacer él mismo esa recolección, la cual sí recomienda hacer.
14. En la página 12 de su escrito, numeral 3.2.11 (Fol. 509), relaciona unos supuestos errores de transcripción de Price.
15. Asegura que Price confesó impericia al expresar en la comunicación de fecha 29 de marzo de 2006 enviada a XM que *"Es necesario que ustedes*

*J*  
*MM*

*J*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*tengan en consideración que la información anterior pudiera generar confusión si no es interpretada adecuadamente”.*

16. Cita el numeral 2.6 de la resolución CREG 06 de 2001 para afirmar que las memorias de cálculo utilizadas por Price para elaborar el informe de verificación de parámetros no fueron puestas a consideración de Termocartagena violando la citada disposición. Asegura que no obra en el expediente comunicación alguna de Price en la que haga entrega de dicha memoria de cálculo a Termocartagena.
17. Concluye afirmando que el informe de verificación de Price y, en consecuencia, el dictamen pericial que partió de ese informe, los cuales sirvieron de base a la decisión impugnada, no cumplen con los requisitos de precisión, detalle y claridad exigidos por la regulación y están caracterizados por su ambigüedad, como se ha probado. Finaliza diciendo que por estas razones se debe revocar la decisión recurrida.

**Que para resolver la solicitud de nulidad de lo actuado y los recursos interpuestos se considera lo siguiente:**

**1. Análisis de la solicitud de nulidad**

Se fundamenta el que se denomina incidente de nulidad en la circunstancia de que, a juicio de Termocartagena, XM debió ser citada a la actuación por tener la calidad de interesada en la misma, lo cual quedó evidenciado, con la expedición de la Resolución CREG 050 de 2006, que establece una supuesta obligación de Termocartagena a favor de aquella y le impone a XM una serie de obligaciones tales como acordar con Termocartagena un plazo para la devolución de los valores recibidos por concepto de cargo por capacidad e iniciar y llevar a cabo gestiones y acciones judiciales necesarias para obtener las devoluciones ordenadas por dicha resolución.

Antes de resolver el fondo de la petición de nulidad en cuestión se advierte que, ni en la actuación administrativa ni en la vía gubernativa reguladas por el Código Contencioso Administrativo, están previstos los incidentes procesales propios de la actuación judicial. Por el contrario, el art. 35 del C.C.A dispone que en la decisión definitiva se resuelvan todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite. En el mismo sentido, el art. 56 ibidem dispone que los recursos de reposición y apelación deben resolverse de plano, con la única salvedad de que se decreten pruebas, ya sea porque el interesado las haya solicitado o porque el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio. En estas condiciones lo relativo a la nulidad solicitada se resolverá en este mismo acto.

Para decidir la petición nulidad, asunto que permite al mismo tiempo despachar lo relativo al recurso interpuesto por XM por tratarse de materias ligadas entre sí, se hace necesario examinar la naturaleza y alcance de las responsabilidades de la citada empresa en el Mercado Mayorista de Energía Eléctrica. Para el efecto es necesario recordar que el Gobierno Nacional

YRD

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

mediante el Decreto 848 de 2005 autorizó la constitución de una sociedad anónima prestadora de servicios públicos del orden nacional, de carácter comercial, encargada de desarrollar, dentro de su objeto social, las funciones asignadas al Centro Nacional de Despacho - CND.

Las actividades que corresponde cumplir al CND se rigen fundamentalmente por las leyes 142 y 143 de 1994 y el Reglamento de Operación expedido por la CREG. De manera expresa la Ley 142 de 1994, artículo 1, establece que dicha Ley se aplica, además de a los servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias, "a los otros servicios previstos en normas especiales de esta ley".

El CND, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 167 de la ley 142 de 1994 y en artículo 32 de la ley 143 del mismo año, tiene dos funciones generales: i) la planeación y coordinación de la operación de los recursos del Sistema Interconectado Nacional<sup>1</sup>, y ii) la administración del sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el Mercado Mayorista<sup>2</sup>, que se refiere a los aspectos comerciales del funcionamiento del mercado mayorista.

Ambas leyes, la 142 de 1994, artículo 171, y la 143 del mismo año, Artículo 34, obligan al Centro Nacional de Despacho a desempeñar sus funciones ciñéndose a lo establecido en el Reglamento de Operación expedido por la CREG. De tal manera que no es potestativo para el Centro Nacional de Despacho decidir si cumple o no el Reglamento de Operación.

Por otro lado, le corresponde a la CREG, según lo establecido en la ley 143 de 1994, artículo 23, literal a), valorar la capacidad de generación de respaldo que las plantas de generación aportan al Sistema, para lo cual, la CREG mediante las resoluciones 116 de 1996, modificada y complementada por las resoluciones CREG-113 de 1998, 047 de 1999, 083 de 2000 y 006 de 2001, estableció el procedimiento, la metodología y los parámetros básicos para la asignación de la Capacidad Remunerable Teórica (CRT) del cargo por capacidad a cada planta, las reglas para su liquidación y pago, a través de la Bolsa de Energía, así como la metodología para la verificación de los parámetros utilizados para asignar la Capacidad Remunerable teórica, entre ellos el IH de las plantas térmicas, parámetro que dentro del modelo de asignación de la CRT, busca medir la disponibilidad real, histórica, de una planta de generación térmica. Todas estas normas hacen parte del Reglamento de Operación expedido por la CREG.

<sup>1</sup> La Ley 143/94, Art. 11, lo define como "el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios."

<sup>2</sup> La Ley 143/94, Art. 11, lo define como "el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el Sistema Interconectado Nacional, con sujeción al Reglamento de Operación".

J  
YAD

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Según lo definido en la Ley 143 de 1994, Artículo 11, el Reglamento de Operación es el "Conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El Reglamento de Operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional".

Dicho Reglamento debe expedirlo la CREG, de conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994, y en el literal i) del artículo 23 de la ley 142 de 1994.

De este Reglamento de Operación hace parte la Resolución CREG 083 de 2000, como expresamente lo reconoce su primer considerando, en el cual se citan las facultades para la expedición del acto que, no son otras que las que facultan a la CREG para expedir el Reglamento de Operación.

Esta Resolución CREG 083 de 2000 contiene las reglas específicas que se debían aplicar para efectos de adelantar la actuación tendiente a decidir si existen discrepancias o no en los parámetros declarados por los agentes generadores, para la asignación de la Capacidad Remunerable Teórica - CRT del cargo por capacidad. En ella se regula lo relativo a la verificación de los parámetros declarados por los agentes para el cálculo del cargo por capacidad y las consecuencias de encontrarse discrepancias entre los valores declarados y los valores verificados:

*"10.5 La definición de la existencia de discrepancias entre los valores verificados y los valores de los parámetros reportados por los agentes, por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG, dará lugar a que el VD (Valor a Distribuir) de las plantas y/o unidades con dichas discrepancias sea igual a cero (0) en las estaciones de verano e invierno para las cuales se utilizó la información sobre parámetros entregada por los agentes. Lo anterior implica la cesación de los pagos por concepto de Cargo por Capacidad que aún no se hayan efectuado y la devolución de los pagos recibidos, de la manera que se explica en los Numerales 10.7 a 10.9 de este Artículo.*

(...)

*10.6 La CREG con el propósito de establecer plenamente la existencia de dichas discrepancias y sus consecuencias y de garantizar el derecho de defensa de los afectados, agotará el trámite previsto en los Artículos 106 y ss. de la Ley 142 de 1994 y en lo no previsto en ellos, aplicará las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo que sean compatibles. **En firme la decisión definitiva sobre la actuación y determinada la existencia de plantas y/o unidades con discrepancias, por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG, se comunicará la decisión al ASIC y éste adoptará las medidas correspondientes de acuerdo con lo establecido en los Numerales 10.5 y 10.7 a 10.9 de este Artículo.***

(...)

*10.8 El agente acordará con el ASIC un cronograma de devolución de los valores recibidos, respetando el plazo máximo establecido. De no llegarse a un acuerdo, el ASIC descontará las sumas adeudadas por el agente, con los respectivos intereses, de las notas crédito que resulten a su favor, dentro el plazo máximo establecido.<sup>3</sup> (hemos subrayado)*

<sup>3</sup> Artículo 10o. de la Resolución CREG-116 de 1996, en la forma en que fue modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG 083 de 2000

J  
VAD

J

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Son entonces las funciones de XM relativas a la devolución de valores por concepto de cargo por capacidad, derivadas e impuestas por el Reglamento de Operación; esto es, por un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto.

Por su parte, los artículos 3 y 5 de la Resolución CREG 050 de 2006, son del siguiente tenor:

**“ARTÍCULO 3o.** Ordenar a la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) cesar los pagos por concepto de cargo por capacidad a favor de TERMOCARTAGENA S.A E.S.P que aun no se hayan hecho hasta satisfacer la obligación que se deriva de la presente resolución.

(...)

**ARTÍCULO 5o.** XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) acordará con TERMOCARTAGENA S.A E.S.P en un plazo no mayor a diez (10) contados a partir del recibo de la comunicación de esta resolución un cronograma de devolución de los valores recibidos, respetando el plazo máximo establecido. De no llegarse a un acuerdo, el ASIC descontará las sumas adeudadas por el agente, con los respectivos intereses, de las notas crédito que resulten a su favor, dentro el plazo máximo establecido.

**Parágrafo:** En caso de que no resulten notas crédito a favor del agente, XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), iniciará y llevará a cabo todas la gestiones y acciones judiciales, necesarias para obtener las devoluciones que se ordenan en el artículo 4 de esta Resolución.

Como se puede apreciar, las decisiones que contiene la resolución cuestionada, relacionadas con los deberes que por mandato legal debe cumplir XM, excepción hecha del parágrafo del artículo 5, son idénticas a las establecidas por la Resolución CREG 083 de 2000, es decir, son reproducción de las mismas y en esa medida, su fuente, no es propiamente la resolución recurrida sino las Leyes 142 y 143 de 1994 que le dan al CND la calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales y el Reglamento de Operación que el ordena ejecutar las gestiones necesarias para el recaudo de los valores a devolverse por concepto de cargo por capacidad.

Son funciones que ejerce dentro del giro normal de las actividades que le corresponde cumplir en desarrollo de las funciones generales de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales atribuidas por la Ley y de acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Operación expedido por la CREG. Es decir, de una parte, son actos propios de la gestión de las relaciones comerciales que se dan en el Mercado Mayorista que le corresponde administrar al CND. En otros términos, sus obligaciones como Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, por provenir de actos generales, impersonales y abstractos, no son impugnables en vía gubernativa, como lo tiene previsto la citada Resolución CREG 083 de 2000, al establecer expresamente que para que el ASIC proceda a ejecutar sus funciones en relación con los valores a devolverse por concepto de cargo por capacidad, tan solo es necesario que se le comunique la resolución que impone tal obligación de devolución:

JMM

J



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

**10.6 (...) En firme la decisión definitiva sobre la actuación y determinada la existencia de plantas y/o unidades con discrepancias, por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG, se comunicará la decisión al ASIC y éste adoptará las medidas correspondientes de acuerdo con lo establecido en los Numerales 10.5 y 10.7 a 10.9 de este Artículo.**<sup>4</sup> (hemos subrayado y destacado)

Bajo las anteriores consideraciones, no se accede a la solicitud de nulidad de lo actuado porque las obligaciones de XM relativas a la devolución de valores por concepto de cargo por capacidad a cargo de Termocartagena no surgen del acto administrativo impugnado, sino de la Ley y el Reglamento, los cuales se las atribuyen a XM en su condición de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales – ASIC y, en esa medida, la citada empresa no tiene un interés directo en la actuación sino el indirecto derivado de su condición de administrador.

Como lo señaló el auto del 15 de noviembre de 2005 mediante el cual se dio inicio a la actuación administrativa que dio lugar a esta decisión, su objeto es el de establecer la existencia o inexistencia de la discrepancia que según el informe titulado “*Indisponibilidad Histórica Plantas / Unidades Térmicas*”, entregado el día 29 de septiembre de 2005, presenta la planta y/o unidad de generación Termocartagena 3 en el valor del parámetro Indisponibilidad Histórica Plantas Térmicas reportado para el cálculo del Cargo por Capacidad Vigencia 2004 – 2005 y, si como consecuencia, hay lugar a la correspondiente devolución de pagos.

El objeto de la actuación que culminó con el acto impugnado no dice relación con las gestiones que debe adelantar XM en procura de esa devolución, porque ellas ya están dispuestas en la Ley y Reglamento. Y, como ya están dispuestas en la ley y reglamento, no necesitaban de reproducción en ningún otro acto administrativo, esto es, la CREG, como lo señala el aludido numeral 10.6 del artículo 10 de la Resolución CREG 116 de 1996, en la forma en que fue modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG 083 de 2000, podría haberse limitado a comunicar el acto administrativo que ordena la devolución de los correspondientes valores de cargo por capacidad al ASIC y éste estaría compelido a ejecutar las medidas correspondientes de acuerdo con lo establecido en los Numerales 10.5 y 10.7 a 10.9 del referido artículo y demás normas del Reglamento de Operación relativas a la materia. La CREG para mayor claridad sobre la materia reprodujo tales deberes en el acto impugnado sin que por esa sola circunstancia se pueda sostener que XM adquirió la calidad de parte interesada dentro de la presente actuación.

Desde el punto de vista sustancial, la actuación que se adelantó estaba encaminada a decidir una situación particular y concreta relacionada con la definición de existencia o no de discrepancias en el parámetro IH declarado por

<sup>4</sup> Artículo 10o. Numeral 10.6 de la Resolución CREG-116 de 1996, en la forma en que fue modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG 083 de 2000.

*JMS*

*S*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Termocartagena, según el informe rendido por el auditor y, que en manera alguna, establecía derechos a favor o en contra de XM.

Igualmente, las disposiciones que contiene el acto impugnado en manera alguna imponen obligaciones a XM, y mucho menos medidas a favor o en su contra, que afecten, positiva o negativamente, su patrimonio, como equivocadamente lo pretende Termocartagena, que hubieren exigido la necesaria vinculación de XM. Tampoco la vinculación de esta última sociedad podría incidir directamente sobre el resultado de la actuación respecto de TERMOCARTAGENA, por la sencilla razón de que la definición de su situación frente al parámetro IH declarado no es un asunto que dependa en manera alguna de la intervención que hubiere hecho XM, a su favor o en contra, en la actuación, sino simplemente de la declaración efectuada por Termocartagena y de los resultados del informe de auditoría y de las pruebas practicadas en el proceso.

En síntesis, las decisiones que contiene el acto recurrido en relación con la sociedad XM, lejos de constituir obligaciones o situaciones jurídicas, a su favor o en contra, que afecten su patrimonio o demás derechos, contiene deberes que imperativamente debe ejecutar en ejercicio de las funciones que le impone la ley en su calidad de empresa encargada de administrar el sistema de intercambios comerciales del mercado mayorista.

Ahora bien, en relación con el párrafo del artículo 5 de la Resolución 050 de 2006, no se puede predicar lo mismo pues el adelantamiento de las gestiones judiciales para la recuperación de los dineros a devolverse no es una función que el Reglamento de Operación le haya atribuido al ASIC o a XM y, como consecuencia, no puede sostenerse que sea una función derivada de su condición de Administrador del Sistema de Intercambios comerciales - ASIC, motivo por el cual, el aludido párrafo, será objeto de revocación.

Por lo dicho no se advierten causales de nulidad que hayan viciado la actuación.

## **2. Análisis de los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de Termocartagena.**

### **2.1. En cuanto a los argumentos relacionados con la falsa motivación del acto impugnado.**

En términos generales sostiene el impugnante en esta parte de su recurso que la resolución cuestionada adolece de falsa motivación porque la CREG no valoró adecuadamente y de manera integral las pruebas en las que se funda dicha resolución. Para el efecto, respecto de cada prueba hace un análisis independiente.

Antes de abordar el análisis de los argumentos expuestos por el impugnante respecto de cada medio probatorio, vale observar, que la falsa motivación invocada, aunque el impugnante no lo dice, es una de las causales de

*J*  
*MD*

*S*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

nulidad de los actos administrativos en sede judicial prevista por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y que, como tal, no puede ser objeto de violación por el acto cuestionado. Es decir, el referido artículo 84 no establece las reglas o exigencias conforme a las cuales la Administración deba expedir los actos administrativos, sino las causales conforme a las cuales se puede invocar su nulidad ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, como lo ha sostenido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado<sup>5</sup>.

La disposición que regla la motivación de los actos administrativos que afectan a particulares es el artículo 35 inciso 1 del C.C.A:

**“Art. 35.- Adopción de decisiones. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.”** (hemos destacado)

Bajo la anterior preceptiva legal que obliga a motivar el acto administrativo que afecta a particulares, como mínimo, de manera sumaria, es que se examinarán las alegaciones del impugnante sobre la presunta falsedad de los motivos expuestos en el acto recurrido.

#### 2.1.1. Auditoría Adelantada

Dice el impugnante, para justificar que la “bitácora física” con la cual se realizó la verificación, no es bitácora, que la comunicación de Price en que le solicitó la bitácora de la planta para proceder al desarrollo de la misma, lo indujo a pensar que debía enviar los registros físicos de la misma en razón de que se le pidió entregar la información “numerada, foliada y argollada”

Sobre esta afirmación, en primer término, debe repararse en que a la fecha de expedición de la Resolución CREG 050 de 2006, no estaba incorporada a la actuación la copia de la comunicación del 17 de marzo de 2005 (Fol. 431) que Price le remitió a Termocartagena solicitándole la bitácora de la planta y que, según esta empresa, la indujo en error, ni dentro de las oportunidades para defenderse alegó tal circunstancia. Se trata de una alegación reciente, aducida en la vía gubernativa y soportada en una copia que se allegó con posterioridad a la expedición del acto administrativo y con ocasión de decreto de pruebas en la vía gubernativa. En estas condiciones, respecto de esta prueba, resulta imposible que el acto impugnado adolezca de falsa motivación, en las

<sup>5</sup> “...la Sala advierte que en relación con el artículo 84 ya citado, esta norma no sólo establece la acción de nulidad contra los actos administrativos, sino las causales de dicha nulidad, es decir, que ella está destinada a ser utilizada por quien ejerza esta acción o invoque otra, como la del artículo 85 siguiente, y por el Juez Contencioso Administrativo, por lo que esta Corporación no encuentra la manera como la administración departamental, al expedir un acto administrativo puede violar tales preceptos...” (Exp. 4897 Omar de Jesús Calvo Díaz, Magistrado Ponente, doctor Joaquín Barreto Ruiz, julio 29 de 1992)

2  
1180

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

modalidades que, según el impugnante, existen de falta de valoración adecuada e integral de la prueba.

Ahora bien, respecto del valor probatorio que tal comunicación tiene hay que decir que de ella lo único que se puede deducir es que Price en cumplimiento de la Resolución CREG 006 de 2001, solicitó a Termocartagena las Bitácoras de la planta Termocartagena 3 y que el entendimiento sobre esta solicitud por parte de su destinatario, en esa oportunidad, fue cabal en el sentido de que la bitácora era el medio físico en el que registraban los eventos relacionados con la operación de la planta, y no otra cosa, como el resultado de "un proceso de depuración de eventos", por cuanto que en respuesta a la misma, en comunicación del 30 de marzo de 2005 (Fol. 180), dijo expresamente que "...remitimos copia de las bitácoras de la unidad de generación Cartagena 3 del periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2002 y el 30 de septiembre de 2004." Expresión que demuestra, que lejos de una inducción a error, Termocartagena para ese entonces tenía un entendimiento claro de que Bitácora es el conjunto de documentos que contiene las anotaciones de los eventos ocurridos con la operación de su planta, y no otra cosa, como el concepto de "bitácora electrónica" con la que, posteriormente, en esta actuación se ha pretendido soslayar dicho entendimiento.

Luego, no es cierto que Termocartagena haya entendido que debía enviar una documentación distinta a las bitácoras de la planta, ahora denominada "registros físicos de la unidad", ni tales registros a la postre fueron denominados bitácora como lo sostiene el recurrente. Desde siempre Termocartagena los tuvo por Bitácora y sólo con la interposición del recurso que se intenta resolver, decidió que ya no eran bitácora:

- ✓ En comunicación del 30 de marzo de 2005 (Fol. 180), el representante legal de Termocartagena dijo enviar las bitácoras de la unidad de generación Cartagena 3 del periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2001 y el 30 de septiembre de 2004.
- ✓ El "Acta de recepción de las bitácoras recibidas del agente Termocartagena S.A E.S.P", de fecha 31 de marzo de 2006 (Fol. 181), suscrita por el Ingeniero Mario Castro Parra en representación de Termocartagena S.A E.S.P, se refiere expresamente a las "bitácoras recibidas" integradas por 19 libros, como lo indica su título y contenido. Allí, adicionalmente, aparece cada uno de estos libros con una denominación integrada siempre por la palabra "Bitácora" y el número correspondiente.
- ✓ Cada uno de los 19 libros que en copia hacen parte de la actuación y que remitió Termocartagena a Price, tienen en su primera página, la siguiente denominación, dada por la misma Termocartagena, que incluye la identificación de cada uno de ellos como bitácora:

- "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 119 LIBRO 1/2"
- "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 119 LIBRO 2/2"

7/11/07

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 120 LIBRO 1/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 120 LIBRO 2/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 121 LIBRO 1/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 121 LIBRO 2/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 122 LIBRO 1/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 122 LIBRO 2/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 123 LIBRO 1/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 123 LIBRO 2/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 124 LIBRO 1/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 124 LIBRO 2/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 125 LIBRO 1/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 125 LIBRO 2/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 126 LIBRO 1/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 126 LIBRO 2/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 127 LIBRO 1/2"
  - "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA No. 127 LIBRO 2/2"
- ✓ En las actas (Fols. 27 y 34) de las reuniones de discusión del informe de verificación celebradas con la presencia de funcionarios de Price y representantes de Termocartagena, estos últimos siempre se refirieron a las "bitácoras físicas", nunca a los "registros físicos de la unidad", como última e intempestivamente ha dado en llamarlos a través del recurso que interpuso su apoderado. Es más, en la reunión celebrada el 5 de septiembre de 2005, el Asesor Legal de Termocartagena, manifestó expresamente que *"...no se está negando la existencia de la bitácora física..."*.
- ✓ Consecuente con esta percepción que los representantes de Termocartagena tienen sobre los 19 libros que Termocartagena le remitió a Price, la apoderada de Termocartagena en su alegato de defensa (Fol. 44) del 13 de diciembre de 2005, acepta la existencia de la "bitácora física" y en ningún momento les da la calidad de "registros físicos".
- ✓ Los testigos citados a instancia de la apoderada de Termocartagena y empleados de esta empresa para la fecha de la declaración de parámetros para la corrida del cargo por capacidad 2004 - 2005, son uniformes en reconocer la existencia de una "bitácora física":
- Mario Alejandro Castro Parra, ingeniero electricista quien para la fecha de declaración del parámetro IH en cuestión, se desempeñaba como Jefe de Planeación y Servicios Técnicos de Termocartagena, en diligencia practicada el 21 de marzo de 2006, hizo las siguientes declaraciones:
    - *"Inicialmente el jefe de turno registra los eventos operativos de la unidad en una bitácora física, posteriormente los datos operativos son ingresados al programa computacional denominado bitácora electrónica. (...)"* (Fol. 244)

J. P. A.

J.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- *“Como expliqué anteriormente, inicialmente la información operativa de la unidad era consignada en la bitácora física, la cual posteriormente era ingresada en la bitácora electrónica.” (Fol. 245)*
- *“Como lo manifesté anteriormente, la información operativa de la unidad era consignada inicialmente por el jefe de turno en la bitácora física, posteriormente la información operativa era ingresada a la bitácora electrónica con el objeto de poder calcular las horas de operación y las horas de indisponibilidad de la planta Termocartagena 3.” (Fol. 246) (hemos subrayado)*
- Ronald James Howard Munevar, ingeniero mecánico quien para la fecha de declaración del parámetro IH en cuestión se desempeñaba como Jefe de Planta de Termocartagena, hizo las siguientes declaraciones en diligencia practicada el 21 de marzo de los corrientes:
  - *“La información viene de la bitácora que llevan manualmente los jefes de turno, quienes van anotando los eventos que ocurren, me refiero a los eventos de operación o indisponibilidad, es decir la fuente es el jefe de turno que permanece 24 horas en la planta y que llevan esa información.” (Fol. 251)*
  - *“En primera instancia se inscribieron o se colocaron en la bitácora física y posteriormente en la electrónica con el fin de facilitar el cálculo del parámetro de indisponibilidad, en ambas se hizo de manera directa.” (Fol. 251) (hemos subrayado)*

Analizadas las pruebas citadas en conjunto y confrontadas con la alegación de que los “registros físicos” a la postre fueron denominados “bitácora física”, encuentra la CREG que esta alegación no es de recibo porque riñe con la realidad probatoria expuesta y no pasa de ser una sutiliza gramatical a través de la cual se pretende mudar la identidad material de una cosa –la bitácora– mediante el cambio de su nombre. Nombre que, además de inédito en esta actuación, resulta desafortunado frente a la pretensión de oponerlo al concepto de bitácora, pues no permite diferenciar los mentados 19 libros, de lo que es una bitácora.

La definición de “bitácora” en el Diccionario de la Lengua Española<sup>6</sup>, tiene el siguiente alcance:

**“Bitácora.** (Del fr. *Bitacle*, por *habitacle*).f.Mar. Especie de armario, fijo a la cubierta e inmediato al timón, en que se pone la aguja de marear. V. aguja de ~, cuaderno de ~.”

<sup>6</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, vigésima segunda edición 2001, pág. 322.

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten mark]*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

La definición de *aguja de marear*, en la misma obra (pág. 74) es esta: “f. **Mar. Brújula** (II instrumento para indicar el rumbo de una nave)”.

Obviamente, en esta acepción no se está utilizando el término en la resolución CREG 006 de 2001, por cuanto que en las plantas de generación no existe timón ni esa especie de armario en que se coloca la brújula o el instrumento para indicar el rumbo de la nave. De lo que se trata en las plantas de generación es de registrar los eventos o novedades que sucesiva e ininterrumpidamente se presentan en un periodo de tiempo<sup>7</sup>, circunstancia que mejor corresponde a la segunda acepción de bitácora como “cuaderno de bitácora”, remitida por la definición transcrita y que en la misma obra se define así:

“**Cuaderno.** (...) **II ~ de bitácora.** m. *Mar.* Libro en que se apunta el rumbo, velocidad, maniobras y demás accidentes de la navegación. (...)”

Entonces, a los 19 libros entregados por Termocartagena, bien se les puede llamar “registros físicos” o, si se quiere, “libros diarios”, porque el concepto de bitácora corresponde a estas nominaciones en el entendido de que ellas, las bitácoras, contienen registros físicos y, normalmente, se llevan en libros que registran el decurso horario y diario de la planta; aunque hoy en día esos libros puedan ser electrónicos pues la calificación de bitácora no proviene del medio en que se registren los eventos de una planta sino de la función que cumplen.

Esos libros o cuadernos donde se anotan las novedades o eventos de una planta o unidad de generación, en este caso, los referidos 19 libros, son, conforme a la evidencia arrimada al expediente, ineluctablemente la bitácora de la planta, como siempre se les denominó.

Tan solo, con motivo del recurso de reposición contra la Resolución 50 de 2006, vino a decirse que la llamada “bitácora física” ya no era bitácora sino registro y el testigo Mauricio Alberto Villareal Gallego, quien es especialista en materias ajenas al sector eléctrico y declara su ignorancia en estas materias y no es ni ha sido empleado de Termocartagena sino contratista, vino, a instancia de la parte interesada a declarar, sin que se le estuviese interrogando sobre ese punto en particular (Fol. 440), que lo que siempre se tuvo por bitácora había dejado de serlo para pasar a ser simple “libro diario”. Que ahora, bitácora no es el libro donde se registran las novedades o eventos de una planta de generación “...sino un proceso completo llamado bitácora...” (Fol. 440) del cual forma parte el *software* que él desarrolló que “...calcula tiempos, horas de disponibilidad o horas de indisponibilidad, basados en tipos registrados.” (Fol. 440), proceso que “...inicia en el registro descriptivo en un libro diario y termina con unos reportes arrojados por el *software* de bitácora. (Fol. 441)

Para la CREG, esta reciente versión expuesta en vía gubernativa, no es del todo desdeñable; lo es en cuanto pretende que los 19 libros que entregó Termocartagena dejaron de ser bitácoras para convertirse en algo distinto, llamado simplemente libros diarios, no solo porque esto último está contravía

<sup>7</sup> Este es el sentido técnico con el que se utiliza el concepto de bitácora en el sector eléctrico.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

de toda la evidencia expuesta, sino por pretender mediante un giro gramatical cambiar la naturaleza de las cosas.

Es atendible, en cuanto reconoce que para el cálculo del parámetro IH, el proceso se inicia con el registro descriptivo en los "registros diarios" o "libros diarios" para luego calcular con el software que él desarrollo, "...tiempos, horas de disponibilidad o horas de indisponibilidad, basados en tipos registrados." (Fol. 440), con lo cual pone de presente que ese software es tan solo un medio, una herramienta que facilita el conteo de eventos y el cálculo del IH<sup>8</sup>, pero que no es el medio donde se registran las novedades o eventos de la planta, aunque pudiera serlo, pues la condición de bitácora, se insiste, no deriva del medio en que se lleve sino del papel que cumple en el registro directo de los eventos de la planta de generación.

Bien puede ser la bitácora de la planta un medio electrónico, siempre que en él se registren directamente los eventos de la planta. Que alguien del equipo verificador haya solicitado que se le permitiera considerar las llamadas "bitácoras electrónicas" en razón al gran esfuerzo que demanda armar las bases de datos, no es en manera alguna prueba de que la única que tiene validez como bitácora es la llamada "bitácora electrónica", ni en este caso ni en ningún otro, porque lo que se está afirmando es que este medio disminuye el esfuerzo, pero no se está diciendo que ofrezca mayor fidelidad, como no podría hacerlo un medio secundario de información frente al primario.

Por lo demás, al verificador nadie le impidió que considerara la llamada "bitácora electrónica"; de hecho la consideró, pero no la tuvo como fuente idónea de información porque, entre otras cosas, resultó una reproducción electrónica no confiable de la información contenida en la denominada "bitácora física".

Tampoco duda la CREG de las grandes bondades del programa Visual Fox Pro prolijamente expuestas en el recurso<sup>9</sup> y en la declaración de su autor<sup>10</sup> (Fol. 439), como herramienta para facilitar la clasificación y calculo del IH, pero que, por bueno que sea, de ninguna puede sustituir la fuente primaria de información de la cual se nutre, la cual, por esta condición, es la que posibilita

<sup>8</sup> Así lo confirmaron los testigos quienes señalaron que la utilización de la "Bitácora Electrónica", obedeció a la necesidad de manejar un gran volumen de información y facilitar el cálculo del IH. Mario Alejandro Castro Parra, en diligencia practicada el 21 de marzo de 2006, manifestó: "El cálculo de la indisponibilidad histórica reportada en el año 2004 involucraba la información operativa del periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2001 y el 30 de septiembre de 2004, 36 meses, lo cual constituía un gran volumen de información, considerando lo anterior y el bajo número de ingenieros que laboraban en la compañía para el año en mención, se optó por desarrollar herramientas que facilitarían el trabajo de los ingenieros, entre estos el cálculo del IH." (Fol. 245) Ronald James Howard Munevar, en diligencia practicada el 21 de marzo de 2006, manifestó sobre el registro directo de eventos: "En primera instancia se inscribieron o se colocaron en la bitácora física y posteriormente en la electrónica con el fin de facilitar el calculo del parámetro de indisponibilidad, en ambas se hizo de manera directa." (Fol. 251)

<sup>9</sup> Al recurso se anexó un escrito suscrito por el ingeniero Mauricio Villareal Gallego, donde se describen las ventajas funcionales y técnicas de la llamada "Bitácora Electrónica". (Fol. 383)

<sup>10</sup> En la misma se aportó un documento suscrito por el declarante en donde aparecen sus apreciaciones sobre el sistema que se le contrato (Fol. 446)

J  
MAD

S



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

la labor de verificación. No se trata en la labor de verificación, simplemente, de avalar a ciegas los eventos que aparecen en el medio electrónico o cualquier otro escogido para facilitar el cálculo del IH, sino escudriñar la consistencia de todo el proceso adelantado.

El programa Visual Fox Pro puede agilizar la búsqueda de información, sin embargo ello no significa que mejora la calidad de la misma frente a la que reposa en la "Bitácora Física" y puede que, incluso, mejore la confiabilidad de la información porque, según lo dice el ingeniero Villareal Gallego (Fol. 384), obliga a los Jefes de Turno a hacer los registros en el tiempo estipulado y solo quien tenga acceso a la aplicación puede registrar datos, pero ello no es aplicable a la información relevante para la determinación del IH de Termocartagena para el cálculo del Cargo por Capacidad 2004 - 2005, pues como está demostrado en la actuación, esa información no se registró directamente en la llamada "Bitácora Electrónica" sino que fue producto de una migración desde la "Bitácora Física."

Al margen de este debate sobre la correcta denominación de los 19 libros que Termocartagena presentó como bitácora, vale observar que si la denominada "bitácora electrónica" fue elaborada con fundamento en los que el agente llama registros físicos de la planta como él lo sostiene, no debería existir problema alguno para que éstos registros hubieran sido examinados, como en efecto lo fueron, por un experto. Si eso es cierto, pues debería haber consistencia entre la información contenida en la denominada "bitácora física" y la denominada "bitácora electrónica", ya que además de que la una está contenida en medio escrito a mano, y, la otra en medio electrónico, no deberían existir diferencias en la información que registran.

Ahora bien, la falsa motivación pretende deducirla el recurrente, en síntesis, del hecho de que en su opinión para auditar el parámetro IH declarado por Termocartagena no se debía tomar cualquier bitácora sino la "oficial" de esta sociedad y que haber tomado una distinta condujo a la falsa motivación; o al revés, que la falsa motivación consiste en haberse fundamentado la decisión en la información contenida en una bitácora que no era la "oficial".

Varias deficiencias e inconsistencias presenta este argumento nuclear sobre el que el recurrente montó la imputación de falsa motivación contra el acto recurrido:

- a. En primer lugar, salta a la vista que pretender sostener la falsa motivación por el hecho de haber tomado una información que no corresponde a la "oficial", implica, ni más ni menos, sostener que la falsedad en la motivación fue inducida por la empresa que reportó información que no correspondía a una supuestamente "oficial" y, por tanto, falsa. Es elemental que si la falsedad en la motivación descansa en la circunstancia de haber tomado una información reportada por la misma sociedad, dicha falsedad también se debería predicar de la información reportada por la sociedad, distinta de la mal llamada "oficial", que no fue otra que la bitácora contenida en los cuadernos o libros físicos que reportó la empresa.

J. M. P.

J.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En síntesis, sugiere el recurrente que el acto resultó falso en su motivación por haberse contagiado de una supuesta falsedad en la información que le sirvió de fundamento.

- b. Este argumento merecería todo reproche, según el principio universalmente aceptado de que son indignos de ser admitidos u oídos quienes alegan en su favor su propia culpa o torpeza, porque a nadie le es permitido beneficiarse de ella (*nemo admittitur aut uditur propiam turpitudinem allegans*), si no fuera porque en este caso no se ha desvirtuado, y no existe siquiera un indicio que ponga en duda, que la bitácora contenida en los cuadernos o libros, y cuya información sirvió de fundamento al acto impugnado, da cuenta de la realidad de los eventos ocurridos durante la operación de la respectiva planta.
- c. El calificativo de “oficial” que pretende atribuirle el recurrente a unos archivos electrónicos que contienen una **información elaborada y procesada posteriormente** con fundamento en la fuente primaria donde se consignó físicamente en tiempo real o cercano al real de operación de la planta, la bitácora de los eventos ocurridos durante la operación, y la pretensión de que dichos archivos son los únicos en los que se debía fundar el acto impugnado, no trascienden el campo de lo puramente subjetivo, carente de fundamento e impertinente.

Son puramente subjetivos, porque la resolución CREG-006 de 2001, en parte alguna exige que la auditoría se deba realizar utilizando únicamente la bitácora “oficial”; no puede por tanto, el auditado, pretender con apreciaciones puramente subjetivas ponerle límites a las fuentes de información que según dicha resolución se deben revisar y analizar para efectos de la verificación de los parámetros declarados.

Carecen de todo fundamento por cuanto lo “oficial” se refiere a lo “*que tiene autenticidad y emana de la autoridad derivada del Estado, y no particular o privado*”<sup>11</sup> y no se arrimó a la respectiva actuación prueba, siquiera sumaria, del acto mediante el cual autoridad alguna con potestades del Estado, hubiere dado tal carácter a los archivos que el recurrente pretende como oficiales.

Y, finalmente, son impertinentes, por cuanto el carácter de oficial se refiere exclusivamente al origen del asunto, en este caso, del documento, en cuanto la autenticidad denota la cualidad de auténtico, esto es, que tiene autor conocido, y no al contenido del mismo. La actuación adelantada redundante en pruebas en torno a que ambos documentos, el físico y el electrónico, que contienen la información de la bitácora de las plantas de Cartagena, son auténticos en tanto ambos fueron reconocidos como de la autoría de Termocartagena, a través de sus funcionarios o contratistas de los que se sirvió para su elaboración.

<sup>11</sup> Diccionario de la lengua española. Real Academia Española; primera acepción del término “Oficial”.

J  
MRO

S

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- d. No menos desacertada es la pretensión a la que aspira el recurso con la imputación de falsa motivación, de calificar como bitácora únicamente a la información que resulta de un post-proceso que tuvo como fin "depurar" y calificar la información primaria contenida en la bitácora que registra la ocurrencia real de eventos que afectan la indisponibilidad de la planta, como lo pretende el recurrente.

No puede salir avante dicha pretensión, por cuanto la bitácora lo es (como también lo entendió espontáneamente la misma sociedad desde el momento inicial en que atendió el requerimiento del auditor de suministrar la bitácora) en tanto contiene la información primigenia sobre la ocurrencia de los eventos históricos, reales y objetivos, esto es, el registro de los hechos desnudos de toda calificación o consideración subjetiva, presentados tal y como ocurrieron, mientras que la información resultante del post-proceso puede contener total o parcialmente esos mismos hechos, pero calificados, cuantificados y valorados con un fin específico, cual es el de calcular un índice histórico de disponibilidad para efectos de aspirar a una asignación de la CRT del cargo por capacidad.

Como lo viene sosteniendo la Comisión, la información de la bitácora puede estar registrada manualmente en cuadernos o libros, o a través de medios electrónicos, pero el medio que la contiene no es lo determinante para decidir sobre la validez o conformidad de dicha información. Lo concluyente en este sentido, es que cualquiera que sea el medio utilizado, refleje el registro de los eventos realmente ocurridos durante la operación de la planta. Y, por tanto, el índice histórico (IH) debe haberse calculado incluyendo todos estos eventos registrados, cualquiera sea el medio utilizado para el registro de la información.

Pretender que la auditoría del parámetro IH debe limitarse a verificar únicamente si el agente reportó el índice que calculó, esto es, si transcribió correctamente el número que calculó para dicho índice en el formato que debía rellenar, como lo sugiere el recurso, resulta totalmente injustificado, pues, por una parte, desconoce que la resolución CREG-083 de 2000 ordena que se tome la bitácora de la planta y el auditor calcule el índice y lo confronte contra el cálculo efectuado por el agente; y por otra parte, se trata, ni más ni menos, de verificar un índice que busca medir la disponibilidad histórica, real, que ha tenido una planta de generación, con el fin de determinar la disponibilidad esperada para efectos de asignarle la Capacidad Remunerable Teórica del cargo por capacidad a la respectiva planta.

Flaco servicio se prestaría a la sociedad y, en particular, a los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica con una verificación que estuviese compelida a avalar *sin beneficio de inventario* los cálculos del agente, prescindiendo del examen de la fuente primaria de información, solo porque él se ha empeñado en bautizar a esos cálculos como bitácoras, como si esta fuera una potestad discrecional que ejercida marginara automáticamente a la administración de examinar, a través del verificador, el proceso completo de cálculo para establecer si las cuantiosas sumas que pagaron los usuarios por

2  
MAD

5

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

concepto de cargo por capacidad corresponden a una real disponibilidad del recurso de generación. Es en este sentido que carece de valor probatorio la comunicación que Termocartagena le envió a Price informando que el cálculo del IH de la unidad Termocartagena 3 se había realizado con la información extraída de la bitácora digital, porque, precisamente lo que se está verificando es que esos cálculos estén bien hechos y, no pueden estarlo cuando provienen de información errónea.

El programa Visual Fox Pro puede ser muy bueno pero con su sola invocación y la de sus bondades no se desvirtúan las conclusiones serias, coherentes, coincidentes y motivadas del verificador Price y del perito; esto es, que existe una discrepancia entre el valor verificado (77.3805%) y el declarado por Termocartagena para el parámetro IH (9.9854%) para el cálculo del cargo por capacidad 2004 – 2005.

Estas conclusiones, especialmente del verificador, no provienen de la mera especulación con el nombre de las bitácoras, provienen de la confrontación de la llamada “bitácora física” con la llamada “bitácora electrónica”, para desechar esta última como fuente idónea de información para la verificación del IH declarado, por fundadas razones que han tenido comprobación en esta actuación:

- En su informe el verificador manifiesta que es en la bitácora física donde se registran directamente los eventos sucedidos durante el periodo de verificación (Fol. 10), lo cual fue corroborado por el perito (Fol. 260) y por los testigos que declararon en la actuación administrativa, conforme atrás se relacionó.
- La llamada “bitácora electrónica” se construyó de datos migrados de la llamada “bitácora física” donde pudieron haber ocurrido en el proceso de migración y digitalización como lo relaciona el verificador (Fol. 10), lo corrobora el perito (Fols. 259 y 260) y lo admite el abogado asesor legal de Termocartagena en la primera reunión de validación del informe de fecha 1 de septiembre de 2005<sup>12</sup> y lo confirma en la segunda reunión celebrada el 5 de septiembre del mismo año<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> “AC (Angel Castañeda) sugiere que PwC AGA debe (...) Manifestó que existe una diferencia en la metodología aplicada, específicamente respecto a la fuente de información. Que efectivamente **hay diferencias en las bitácoras física y electrónica, producto de problemas de migración**, pero que la bitácora electrónica fue la que tomó Termocartagena para el cálculo del parámetro y el verificador lo debe revelar en su informe.” (Fol. 30) (hemos subrayado y destacado)

<sup>13</sup> AC manifiesta que la fuente de información del índice de Indisponibilidad Histórica reportada por Termocartagena3 fue la bitácora electrónica bien o mal; que no se está negando la existencia de la bitácora física y que **de la migración de datos pudo haber ocurrido errores de digitalización y migración de datos a la bitácora electrónica positivos y negativos; que si ésta se fue con más o menos errores la bitácora electrónica fue con la que se reportó.**” (Fol. 36) (hemos subrayado y destacado)

MST

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- La totalidad de eventos de indisponibilidad registrados en la llamada "bitácora física" no se encuentran relacionados en la llamada "electrónica" y algunos difieren en su duración, como lo aseveró el verificador (Fol. 11), lo sustentó relacionando individualmente los eventos en tal situación (Fol. 20) y lo ratificó el perito (Fol. 286).
- Existen eventos registrados en el CND que no están registrados en la llamada "bitácora electrónica". Así lo sostuvo el verificador (Fol. 11) y lo ratificó el perito (Fol. 286)

En esta actuación, tanto el verificador como el perito han señalado los eventos cuya cuantificación genera las variables con las cuales se desarrolla la fórmula para el cálculo del IH. Esos eventos no han sido desvirtuados por Termocartagena. No expresa el recurso las razones que en concreto nos señalen, por ejemplo, de qué falla o inconsistencia padecen los eventos de indisponibilidad tomados en consideración para el desarrollo de la fórmula; cuáles son los eventos que considerados por el verificador difieren de los registros efectuados en los libros o cuadernos y del real decurso de la operación de la planta; tampoco expresa cuáles fueron los eventos que se depuraron a través del programa *Vista Visual Fox Pro*; qué notas presuntamente ilegibles o producto de la ausencia de estandarización de eventos al interior de Termocartagena, fueron mal interpretadas por el verificador y el perito quienes, de otra parte, por sus calidades profesionales están en capacidad de hacer tales interpretaciones.

Tan solo aparecen en los alegatos de Termocartagena referencias marginales a algunos eventos considerados por el verificador y el perito para el cálculo del valor del IH, las cuales, aunque en su mayoría extemporáneas, por que no se formularon en las oportunidades dispuestas para la contradicción del informe del verificador y el dictamen del perito, ni siquiera con la interposición del recurso que se resuelve, sino con ocasión de la petición de información que en vía gubernativa se hizo a XM, se considerarán en esta decisión a fin de dar plenas garantías al encartado y asumir la valoración probatoria que en esta instancia corresponda, especialmente, en cuanto pretenden desvirtuar la solidez y consistencia del informe de verificación y del dictamen:

2.1.1.1. En cuanto a que Price no entregó la memoria de calculo, ni la misma se allegó al expediente

Para la CREG esta afirmación no es cierta. Para explicar este aserto, se requiere primero establecer cuál es la obligación del auditor en relación con la materia. La respuesta aparece en el numeral 2.4 del artículo de la Resolución CREG 06 de 2001:

"2.4. En el informe final de verificación de parámetros se explicarán y relacionarán todos los antecedentes, estudios, métodos, memorias de cálculo, exámenes, experimentos e investigaciones que sirvieron de base para dictaminar respecto de determinadas plantas y/o unidades, discrepancias en el valor de los parámetros reportados." (hemos destacado)

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En esta disposición no se establece la obligación de entregar las memorias de cálculo sino la de explicarlas y relacionarlas en conjunto con los antecedentes, estudios, métodos, memorias de cálculo, exámenes, experimentos e investigaciones que se utilizaron para dictaminar. Con este alcance es que se debe estudiar el presunto incumplimiento a cargo de Price.

Analizado el informe de verificación de parámetros del Cargo por Capacidad entregado el 29 de septiembre de 2005 mediante comunicación con radicación CREG E-2005-007312 del 29 de septiembre de 2006 (Fol. 7), se observa que en él aparece: (i) una "introducción" en donde se refieren las condiciones en que la planta fue seleccionada para la verificación del parámetro IH, (ii) un título de "datos generales", donde se identifica la planta; (iii) un título de "objetivo" donde se describe el cálculo que se persigue hacer; (iv) un título de "alcance" donde se refiere el marco normativo del trabajo; (v) un título de "procedimientos efectuados" donde se describe detalladamente, con las explicaciones del caso, los pasos o etapas desarrolladas en la verificación; (vi) un título de "conclusiones" donde se determina con claridad, precisión y detalle la discrepancia encontrada, entre el valor verificado y el valor del parámetro reportado por el agente; (vii) adicionalmente, el informe incluye, como anexo, un "Informe Técnico" (Fol. 13) donde se relacionan los cálculos efectuados y la forma en que se desarrolló, para este caso, la fórmula del IH prevista en la Resolución CREG 073 de 2000; (viii) también, como anexo, aparece la comunicación (Fol. 16) en que el Director de Planeación de la Operación de ISA, suministra a Price información sobre los eventos de prueba a que fue sometida la planta; (ix) entre los anexos también aparece la comunicación dirigida por Price a Termocartagena (Fol. 24) donde se relacionan las discrepancias en eventos encontradas en la comparación entre la bitácora contenida en los libros físicos y en los archivos electrónicos; (x) también aparece copia de las actas (Fols. 27 y 34) de las reuniones celebradas con el agente para la validación y contradicción del informe; y (xi) finalmente se relacionan con detalle (Fol. 42) los eventos de indisponibilidad considerados para el cálculo del Índice de Indisponibilidad Histórica IH.

De esta forma con el citado informe se satisfacen las exigencias de numeral 2.4 del artículo 4 de la resolución CREG 006 de 2001.

Ahora bien, aunque los eventos de indisponibilidad y de pruebas son de los más relevantes para el desarrollo de la fórmula para la determinación del valor del parámetro IH, es cierto que se requiere de otros eventos que no aparecen en el aludido informe, para lo cual es menester contar con la integridad de la base de cálculo o memoria de cálculo (horas de operación y derrateos). El acceso a nivel de auditoría a esas memorias, es regulado por el numeral 2.1 del artículo 2 de la Resolución CREG 006 de 2001, con el siguiente alcance:

"2.1. Previo a la entrega del informe final, el contratista validará sus conclusiones con los agentes afectados, dando acceso a las memorias de cálculo y permitiéndoles contradecir el informe y formular solicitudes de complementación o aclaración que se resolverán en el informe final." (hemos destacado)

*J. M. M.*

*J.*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Veamos entonces si Price cumplió con la obligación de dar acceso a sus memorias de cálculo, previo a la entrega de su informe final.

El expediente da cuenta de que Price mediante comunicación del 16 de agosto de 2005 (Fol. 23), invitó a Termocartagena a una reunión de discusión del informe y que con motivo de esta invitación se celebraron sendas reuniones los días 1 y 5 de septiembre de 2005. Respecto del acceso a las memorias de cálculo, las actas dan cuenta de lo siguiente:

- “...que durante el proceso de revisión de la bitácora de Termocartagena 3, llevada a cabo **mediante reunión celebrada el 18 de julio de 2005 con Mario Castro** (Jefe de Planeación y Servicios Técnicos de Termocartagena), **se identificaron los eventos de indisponibilidad para las estaciones de verano requeridas (sic) para el cálculo del índice de indisponibilidad histórica (IH).** Se validaron estos eventos con la bitácora física y el señor MC se llevó una copia de los eventos identificados, acordando realizar las solicitudes necesarias con el objeto de aclarar los eventos por él considerados “indisponibilidades externas”. **A la fecha, no hemos recibido dicha información.**” (hemos subrayado y destacado) (Fol. 33, Acta No. 2 del 5 de septiembre de 2005).
- Que el Sr. Medardo Prieto, Asesor Técnico de Price, en la reunión celebrada el 1 de septiembre de 2005, propuso que “... a fin de confirmar el correcto tratamiento dado por PwC AGA a la información suministrada por Termocartagena, y si ésta lo considera adecuado, se lleve a cabo un procedimiento con la participación de Termocartagena y PwC AGA de examen de los eventos que originan indisponibilidad, en el cual se comparen las bitácoras física y la elaborada por PwC para establecer las diferencias. Sugiere hacer un ‘diagrama de pareto’ sobre los eventos de indisponibilidad a fin de ordenar la comparación y proceder en orden decreciente de impacto. AC (Abogado, Asesor Legal de Termocartagena) **interviene manifestando que no comprendía el objeto del procedimiento propuesto y que, por lo tanto sugería hacer una segunda reunión, mientras Termocartagena se daba un tiempo para analizar la respuesta a dicha propuesta.**” (Fol. 30). (hemos subrayado y destacado)
- Que en reunión celebrada el 5 de septiembre de 2005, la Dra. Mónica Jiménez, Socia a cargo de Price manifestó que “...según acordado en la primera reunión de discusión del informe, se había citado esta segunda reunión para escuchar de Termocartagena su respuesta a la propuesta de PwC AGA en la primera reunión, consistente en **examinar conjuntamente los eventos de indisponibilidad cargados en la base de cálculo elaborada por PwC AGA a partir de la bitácora física suministrada por el agente.**” (Fol. 34)” (...) “...enfatisa que según lo anteriormente expresado, PwC AGA, ya llevó a cabo una reunión de verificación de eventos con MC, pero que posteriormente PwC AGA no recibió información adicional por parte de Termocartagena. Por otra parte, **MJ pregunta a AC y MC** (representantes de Termocartagena para la

7  
1811

5

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

reunión), **si revisaron procedimiento adicional propuesto por MP (Asesor Técnico de Price) en reunión del 1 de septiembre de 2005 relacionado con el diagrama de pareto, para lo cual AC responde que la propuesta de MP queda sin efecto, toda vez que ya se llevó a cabo dicho procedimiento por parte de JLM** (José Luis Mendoza, Consultor de Price) **en la reunión efectuada con MC en la fecha mencionada.** En esta misma reunión el Sr. Medardo Prieto, Asesor Técnico de Price, **“...sugiere que a pesar del análisis anterior efectuado por parte de MC y JLM se mantiene la propuesta de re-examinar los eventos en orden decreciente para reverificar la consistencia de la información tomada de la bitácora física.”** Frente a esta sugerencia **“AC manifiesta que cree que PwC AGA tiene las tres fuentes de información posibles, cada una con sus respectivas incidencias: la información de la bitácora física suministrada por Termocartagena, la información suministrada por el CND y la información de la bitácora electrónica suministrada por Termocartagena; en ese sentido, PwC AGA debería hacer su análisis con las tres fuentes de información, ya que la norma como tal no es clara en cual es la que debe acoger, y calcular las desviaciones en cada una de ellas, así como los defectos y virtudes de cada fuente en particular.”** (Fol. 36) **Más adelante “MJ sugiere efectuar la revisión de bitácoras.”** Frente a lo cual **“AC insiste en que PwC AGA debe considerar las tres fuentes en su proceso de verificación.”** (Fols. 37 y 38) (hemos subrayado y destacado)

Con esta evidencia creemos que realmente el verificador o auditor Price cumplió con la obligación de dar acceso a sus memorias de cálculo y de permitir la contradicción de su informe. Cosa diferente es que Termocartagena haya sido reticente ante tal invitación y haya optado por pedir que los cálculos de verificación se hicieran con las tres fuentes de información, para luego, en la vía gubernativa rechazar el examen de dos de ellas.

Adicional a que el auditor en su informe señaló el procedimiento y cálculo efectuado y dio acceso a sus memorias de cálculo como quedó demostrado, a la actuación administrativa se allegó la base de datos utilizada por Price para su labor de verificación.

En la adición al dictamen pericial practicado (Fol. 279) el perito designado incluyó la base de datos verificada que no es otra que la elaborada por Price para rendir su informe de verificación, donde aparecen impresos los eventos considerados con su fecha, hora y duración y con la indicación de la procedencia de la información; esto es, si procede de la bitácora de Termocartagena o de la información remitida por el CND.

De esta adición se dio traslado (Fol. 296) para su contradicción por el término legal, el cual transcurrió en silencio del interesado.

Posteriormente, mediante auto del 8 de junio del 2006, bajo la consideración de que el perito manifestó (Fol. 269) que la información contenida en el documento radicado en la CREG bajo el número E-2006-002586 (Fol. 293), es la base de

7  
JLM

F



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

cálculo del cargo por capacidad del periodo 2004 – 2005, elaborada por Price y que dicha información fue por él utilizada, se ordenó correr traslado de tal base de cálculo así como de la aclaración del perito. Este auto se notificó por estado del 9 de junio de 2006 y el traslado se efectuó el 21 de julio de 2006 (Fol. 306) por el término legal, el cual transcurrió en silencio del interesado.

Queda pues suficientemente claro que a Termocartagena se le dio acceso a la base de datos utilizada por Price en su labor de verificación, la misma fue aportada al expediente y al interesado se le concedió la oportunidad legal para su contradicción, la cual dejó de utilizar.

2.1.1.2. En cuanto a que el CND utiliza un criterio de contabilización de eventos distinto al de Price

Dice Termocartagena que conforme al Anexo General de la Resolución CREG 006 de 2001, Price debía solicitar al CND la relación de los eventos registrados durante el periodo de verificación. Si en la relación de eventos entregada por el CND o el CRD, existe un número de eventos superior al 10% al número de eventos registrados por el agente, el auditor debe proceder a la inclusión de los eventos divergentes verificados dentro de la base de cálculo, y recalcula el IH. Afirma que según la relación de eventos suministrada por el CND, dicha entidad contabiliza el número de eventos con un criterio distinto al que utilizó Price. Dice que para el CND una prueba da lugar a varios eventos dependiendo, aparentemente, de la duración y/o la distinta generación de calor o energía durante la prueba. Según Termocartagena, Price contabilizó las pruebas como un solo evento, uno a uno, independientemente de su duración y características. Conforme con este criterio, según Termocartagena, mal utilizado por Price, para el cálculo del cargo por capacidad 2004-2005, Termocartagena reportó un total de cinco (5) eventos de prueba. Para su comparación con los eventos del CND, Price debió aplicar el mismo criterio aplicado por el CND. Al hacerlo bien no sólo estaría claro que la bitácora de Termocartagena da cuenta de siete (7) pruebas y no cinco (5), sino que dieron lugar a los mismos quince (15) eventos. Afirma que el perito incurrió en el mismo error de Price, aun así es de anotar que el perito reconoce que fueron siete (7) pruebas y no cinco (5) como de manera errada decía Price. Agrega que, sólo los eventos no coincidentes pueden dar lugar a diferencias en el número de eventos, para luego proceder a su inclusión en la base de cálculo. Los eventos que coinciden entre la información del CND y Termocartagena, no pueden agregarse a la base de datos, porque en esta ya están.

Analizado el punto expuesto por Termocartagena, se encuentra que no es cierto que Price haya contabilizado erróneamente los eventos de prueba con un criterio distinto al utilizado por el CND.

En primer término se observa que no es cierto que el perito haya reconocido la existencia de siete (7) eventos de prueba. En su informe, concretamente, en la indagación sobre si el valor calculado por Price para el IH estaba o no correcto, el perito refirió cinco (5) eventos de prueba (Fol. 261). La deducción de siete (7) eventos de prueba surge de restar de los cuarenta y ocho (48) eventos de

0/11/07

5

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

servicio reportados por el perito como presentes en la llamada "bitácora electrónica" (Fol.268), cuarenta y un (41) eventos de servicio reportados como presentes en la Bitácora registrada manualmente en los libros físicos (Fol. 261). Sin embargo, no está bien restar de la bitácora electrónica eventos de la bitácora física o, en los términos del impugnante, restar peras de manzanas.

En segundo término, la errónea contabilización de eventos de prueba no provino de Price sino de Termocartagena.

Para el entendimiento de esta afirmación debe recordarse que conforme al Anexo General de la Resolución CREG 006 de 2001, Procedimiento de Verificación IH's Plantas Térmicas, el verificador debe solicitar al Centro Nacional de Despacho - CND y si es del caso, al Centro Regional de Despacho - CRD, la relación de los eventos registrados durante el periodo de verificación y si en la relación entregada existe un número de eventos superior en 10% al número de eventos registrados por el agente en su bitácora, procede a la inclusión de los eventos verificados dentro de la base de cálculo.

Como se puede apreciar, se trata de un procedimiento para verificar la consistencia de la información de la bitácora del agente a través de los eventos de unidades de generación registrados en el CND por los propios agentes.

Como lo reconoce la misma Termocartagena (numeral 6.1, Fol. 476), su bitácora registrada manualmente en los libros físicos da cuenta de siete (7) eventos de prueba<sup>14</sup>; esto es, que en cada prueba se omite relacionar las variaciones que dentro de la misma tiene la disponibilidad de la planta y, por ende, las variaciones que se producen en el derrateo dentro de una misma prueba. Esta información es relevante para el cálculo del IH en los términos de las Resoluciones CREG 073 de 2000 y 17 de 2002, especialmente, por cuanto que esta última, en su artículo 6, dispone que para efectos del cálculo de Índices de Indisponibilidad Histórica de que trata la Resolución CREG-073 de 2000, las horas indisponibles así como las horas de operación, durante el periodo de Pruebas de Disponibilidad, serán consideradas para el cálculo de dicho índice.

En contraste, el CND en sus registros de eventos provenientes de Termocartagena 3 incorporó las variaciones que en su disponibilidad observó la planta durante una prueba y así legítimamente contabilizó quince (15) eventos dentro cinco (5) pruebas. Como el agente no hizo lo propio, el agente contabilizó tan solo cinco (5) eventos, esa diferencia frente a los eventos del CND es considerada por la metodología diseñada para examinar la consistencia de su información y debe incorporarse como se incorporó en este caso, al cálculo del porcentaje de diferencia entre el número de eventos registrados por el agente en su bitácora y el número de eventos registrados en el CND.

<sup>14</sup> En realidad se trata de cinco (5) como lo refiere Price y lo ratifica el perito, particularmente, con transcripción de la base de datos verificada (Fol. 279 y ss.), sin embargo para los fines de esta disertación es irrelevante esta diferencia.

J  
MMD

S

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Tampoco es cierto que producto de esa diferencia en el número de eventos se hayan duplicado horas en el cálculo del IH o se hayan incorporado eventos no divergentes.

Como se muestra en los siguientes extractos de la base de datos de Price, los eventos de prueba a incorporarse, se incorporaron con su correspondiente disponibilidad, sin duplicaciones, puesto que la base de datos presenta una sucesión ininterrumpida de intervalos de tiempo en la cual no se presentan traslapos o intersecciones en el tiempo:

Folio/hoja	Fecha	Disponibilidad	Estado	Observaciones	Duración	Derrateo	Registros Bitácora/CND
120,2,261	22/04/2002 08:00	2	R	GENERADOR	0,03	0,03299663	CND
120,2,261	22/04/2002 08:49	2	P	GENERADOR	0,01	0,00740741	bitácora
	22/04/2002 09:00	27	P	GENERADOR	0,04	0,02462121	CND
	22/04/2002 10:00	40	P	GENERADOR	0,03	0,01340488	CND
120,2,263	22/04/2002 10:49	60	I	GENERADOR	3,30	0,29993687	bitácora
	25/04/2002 18:00	15	R	GENERADOR	0,01	0,01019571	CND
120,2,280	25/04/2002 18:19	15	P	GENERADOR	0,03	0,02200126	bitácora
	25/04/2002 19:00	63	P	GENERADOR	0,08	0,00366162	CND
120,2,281	25/04/2002 20:56	60	R	GENERADOR	0,04	0,0040404	bitácora

Folio/hoja	Fecha	Disponibilidad	Estado	Observaciones	Duración	Derrateo	Registros Bitácora/CND
	10/10/2003 09:00	20	R	GENERADOR	0,00	0,00338805	CND
125,1,33	10/10/2003 09:07	20	P	GENERADOR	0,04	0,02565236	bitácora
	10/10/2003 10:00	66	P		0,08	0	CND
	10/10/2003 12:00	31	P	GENERADOR	0,01	0,00552399	CND
125,1,34	10/10/2003 12:15	31	R	GENERADOR	0,03	0,01657197	bitácora

Folio/hoja	Fecha	Disponibilidad	Estado	Observaciones	Duración	Derrateo	Registros Bitácora/CND
	23/02/2004 16:00	20	R	GENERADOR	0,01	0,00532407	CND
126,1,89	23/02/2004 16:11	20	P	GENERADOR	0,03	0,02371633	bitácora
	23/02/2004 17:00	40	P	GENERADOR	0,04	0,01641414	CND
	23/02/2004 18:00	10	P	GENERADOR	0,00	0,00294613	CND
126,1,90	23/02/2004 18:05	10	R	GENERADOR	0,04	0,03240741	bitácora

2.1.1.3. En cuanto a la irrelevancia de los llamados eventos de reserva

Dice Termocartagena que la definición de evento enmarcada en el contexto de la normatividad de conexión y transmisión, por analogía, permite concluir que un evento en generación es “la situación que cause la indisponibilidad parcial o total de una planta de generación y que ocurre de manera programada o no” y que conforme con la fórmula para el cálculo del IH establecida en la resolución CREG 073 de 2000, los eventos relevantes para ésta son los eventos de servicio (HO) los eventos de prueba (HO), los eventos de indisponibilidad (HI) y las horas equivalentes de indisponibilidad por derrateo. Afirma que el estado de reserva no es un evento en la medida que no causa indisponibilidad y tampoco aporta horas de operación ni de indisponibilidad. Como, tanto la auditoría de Price como el perito, incluyeron el número de eventos de reserva dentro del cálculo de la diferencia del número de eventos, según Termocartagena, hay un error que provocó artificialmente una diferencia en el número de eventos mayor al

*J. J. J.*

*F*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

10%. También afirma que es imposible que un evento de reserva tenga porcentajes de derrateo.

Compartimos la definición de evento traída por el recurrente, no tanto por la analogía que hace con la normatividad de conexión y transmisión sino por estar de acuerdo con los lineamientos del Anexo A - 2, "Función de Disponibilidad" de la Resolución CREG 024 de 1995.

A partir de esa definición es que se puede afirmar que no es cierto que los eventos de reserva no sean un evento por no causar indisponibilidad. Los eventos de reserva causan indisponibilidad así esta sea parcial y se contabilizan en el cálculo del IH, específicamente, en la variable "HD: Horas equivalentes de indisponibilidad por derrateos", conforme a lo dispuesto por el Anexo CO-1 de la Resolución CREG-025 de 1995 en la forma en que fue modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG 073 de 2000.

De cualquier forma los eventos de reserva, aun en el hipotético caso de que fueran irrelevantes para el desarrollo de la fórmula para el cálculo del IH, deberían ser tenidos en cuenta en la confrontación con la información del CND, porque (i) en esta operación lo que se está controlando es la consistencia de la información del agente para el cálculo del IH, labor en la cual interesa escudriñar todos los eventos al margen de que se utilicen o no en el despeje de la fórmula; y (ii) los eventos de reserva son susceptibles de generar indisponibilidad parcial de la planta por cuanto que estos eventos surgen de la declaración de una determinada disponibilidad comercial<sup>15</sup> de la planta conforme a la cual se determina la Capacidad Remunerable Real que se remunera con el Cargo por Capacidad en los términos del numeral 1 del Anexo 2 de la Resolución CREG 116 de 1996<sup>16</sup>.

En estos términos es que los eventos de reserva tienen porcentaje de derrateo cuando la planta presenta, por declaración del propio agente, una disponibilidad inferior a la máxima, como claramente aparece en la base de datos de Price reproducida por el perito en su dictamen (Fol. 279), donde a la disponibilidad de 66 megavatios se le asigna un índice de derrateo igual a cero (0) y a los valores de disponibilidad inferiores, se les asignan índices de derrateo positivos.

<sup>15</sup> "**Disponibilidad comercial.** Es la disponibilidad calculada por el SIC, la cual considera la declaración de disponibilidad de los generadores, modificada cuando se presenten cambios en las unidades de generación en la operación real del sistema." (Art. 1 Res. CREG 024 de 1995).

<sup>16</sup> "La capacidad remunerable real individual (CRR) de una unidad térmica o planta hidráulica será el mínimo entre su Capacidad Remunerable (calculada en los Artículos 4o y 5o de la presente Resolución) y su Disponibilidad Comercial promedio durante el mes que se está facturando. Para el efecto de esta Resolución, una planta hidráulica se considera disponible sin tener en cuenta su estado de intervención.

La CRR será la suma de las capacidades remunerables reales individuales en el SIN obtenidas durante cada mes de cualquier estación." (numeral 1 del Anexo 2 de la Resolución CREG 116 de 1996)

J  
PRO

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

2.1.1.4. En cuanto a que a Price se le perdieron miles de horas

Manifiesta Termocartagena que como lo dice el mismo Price en su informe, el periodo analizado tiene un total de 26.304 horas, pero que la sumatoria de horas de duración de eventos calculada por Price, según aparece citada por el perito Mauricio Correa en la adición al informe pericial, página 5 y siguientes, da tan solo 1076 horas, es decir, a Price se le perdieron 25.228 horas.

Sobre el particular basta con afirmar que la base de datos de Price verificada por el perito (Fol. 279 y ss.) expresa la duración de los eventos en días y que por lo tanto, las miles de horas que echa de menos Termocartagena surgen de sumar días como si tratara de horas, lo cual es erróneo. Esas 25.228 horas no están perdidas, lo que pasa es que están expresadas en días.

2.1.1.5. En cuanto a que el número de eventos en cada relación que obra en el expediente es distinto

Bajo este título Termocartagena afirma que hay tres fuentes de datos distintas (la de Price, la del CND y la del perito) y que cada una de ellas difiere en el número de eventos, para lo cual da un ejemplo. Sostiene que en los eventos de reserva según el CND, Price dijo que eran 94, el perito dice que, según Price, son 93, pero que al contarlos, ellos solo suman 88 y que esto lo confirma el propio perito que en la adición al informe pericial, manifestó *"no se analizó el trabajo de Price (...) en lo que compete a la elaboración de la base de cálculo (ni en número de eventos identificados ni en su duración) (...) sin embargo si así se desea puede ser aclarado posteriormente, y así se recomienda hacerlo."*

Si las fuentes de información son diversas nadie debiera sorprenderse de que el número de eventos sea distinto, especialmente, cuando la contabilización de estos eventos surge de hechos distintos.

En efecto, tanto Price (Fol. 13) como el perito (Fol. 261) se refieren al número de eventos de reserva identificados en la relación del CND. Para Price son 94 y para el perito son 93.

No obstante, no es válido confrontar estos números con la base de datos integrada por Price (obrante a Fol. 294 y reproducida por el perito, Fol. 279) y que arroja un número de 88 eventos de reserva, dado que esta base de datos surge de la incorporación de datos divergentes de la base de datos del CND, esto es, es producto de la integración de la bitácora del agente con la relación de eventos del CND.

Ahora bien, los referidos números de Price (94) y del perito (93), si son comparables y en ellos hay que reconocer una mínima diferencia que no altera los cálculos.

Además, no es cierto que el perito en la adición del dictamen haya manifestado que *"no se analizó el trabajo de Price (...) en lo que compete a la elaboración de la base de cálculo (ni en número de eventos identificados ni en su duración) (...) sin*

2007

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*embargo si así se desea puede ser aclarado posteriormente, y así se recomienda hacerlo.*” Esta manifestación la hizo el perito (Fol. 6) en el dictamen inicial, en la respuesta a la pregunta 5.4 y producto de ella, atendiendo su recomendación fue que, precisamente, en auto del 2 de mayo de 2006, se ordenó al perito adicionar el referido punto, determinando si a partir de las bitácoras estuvo correctamente elaborada por Price la base de cálculo con la cual se calculó el valor para el parámetro de Disponibilidad Histórica de Plantas Térmicas de la planta Termocartagena 3 contenido en el informe entregado mediante comunicación E-2005-007312 del 29 de septiembre de 2005, especialmente, en lo que tiene que ver con el número de eventos identificados y su duración.

En la adición ordenada el perito incluyó como anexo (Fol. 290), la reproducción textual de la respuesta dada a la pregunta 5.4, objeto de aclaración, como el mismo lo anuncia en la página 4 de su adición, sin que se pueda, obviamente, tener por adición del dictamen la respuesta objeto de aclaración.

Producto de este análisis que el perito sí hizo sobre la base de cálculo de Price, es que dictaminó: **“Se deduce entonces que a partir de las bitácoras, estuvo correctamente elaborada por PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA la base de cálculo con la cual se calculó el valor para el parámetro de Disponibilidad Histórica Plantas Térmicas de la Planta Termocartagena 3 contenido en el informe entregado mediante comunicación E-2005-007312 del 29 de septiembre de 2005.”** (hemos destacado)

2.1.1.6. En cuanto a que hay inconsistencias en la duración de los eventos de reserva según la relación remitida por XM frente a las cifras de reserva del reporte de Price

Para la demostración de tal afirmación Termocartagena, a título de ejemplo, dice que *“El evento de reserva que inició el 22/10/2001 duró, según la relación recibida de XM, desde las 12:22 de ese día hasta las 23:59 del día 06/01/2002. Es decir, duró setenta y seis días once horas y 37 minutos (76 Días y 11:37 Horas).”* (...) *“Ese mismo evento según la ya citada relación que Price entregó al Perito y este anexó a su dictamen, duró 76 horas y 48 minutos, ¡y tuvo un porcentaje de derrateo del 3,47657828!”*

No se encontró que exista esta inconsistencia. Sobre el particular basta con afirmar<sup>17</sup> que la base de datos de Price verificada por el perito (Fol. 279 y ss.) expresa la duración de los eventos en días y fracciones de día y que, por lo tanto, la cifra que allí aparece como de duración del evento (76.48) equivale, haciendo la conversión de los decimales a unidades de tiempo (horas y minutos), a 76 días, 11 horas, 31 minutos y 12 segundos. No hay entonces, por este aspecto, motivos para dudar de la información de Price.

2.1.1.7. En cuanto a que según el reporte del perito los eventos de indisponibilidad registrados por Termocartagena ascienden a la suma de 40, mientras que en los registros del CND ascienden a 47

<sup>17</sup> Tal y como se hizo en el numeral 2.1.1.4, porque esta pretendida inconsistencia es de la misma naturaleza que la allí comentada v. por ende, es igualmente injustificada.

J. P. P.

J.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Estos 40 eventos de indisponibilidad citados por el recurrente surgen del conteo de los reportes de la llamada "Bitácora Electrónica", la cual fue despreciada tanto por el verificador como por el perito como fuente idónea de información y, como consecuencia, no pueden utilizarse para calcular la diferencia entre el número de eventos registrados por el agente ante el CND y número registrado por el agente en su Bitácora.

2.1.1.8. En cuanto a los errores de transcripción de Price

Dice Termocartagena que en el informe técnico de Price aparece un imperdonable error evidente de transcripción de un número. Que Price calcula un número de horas de indisponibilidad en 2.059,7167 y que cinco líneas más abajo se incluyó como número de tales horas de indisponibilidad, 1.059,7167, es decir un mil horas menos, pero que al desarrollar la fórmula se ve con claridad que se usó la cifra de 2.059,7167.

Es cierto, ese error de transcripción aparece en el anexo técnico de Price (Fol. 14); sin embargo, como lo dice el propio Termocartagena, al desarrollar la fórmula se observa que se empleó el número correcto. Por lo tanto, no hay error en el IH calculado (9.89%) y el error de transcripción no lo juzgamos con la severidad de Termocartagena que lo considera indigno de perdón.

2.1.1.9. En cuanto a la confesión de impericia de Price

Dice Termocartagena que en la comunicación de fecha 29 de marzo de 2006 enviada por Price a XM, Price confesó: "*Es necesario que ustedes tengan en consideración que la información anterior pudiera generar confusión si no es interpretada adecuadamente*". Agrega que ésta es una indubitable confesión de Price acerca de la confusión y ambigüedad de su dictamen.

La aludida comunicación se refiere al envío de la relación de eventos determinados por Price, la cual fue requerida por el perito para el desarrollo de su trabajo (Fol. 294). En manera alguna Price está diciendo que la información es confusa y menos, está aceptando que su dictamen sea confuso o ambiguo. Lo que textualmente dice es que si esa información *no es interpretada adecuadamente*, puede generar confusión; esto es, que la posible confusión que prevé, podría provenir del intérprete que interpreta mal y no de la información mal interpretada. Grave sería que Price proporcionara información sin las advertencias del caso.

2.1.1.10. En cuanto a la comunicación del 25 de agosto de 2005 en que Termocartagena efectuó observaciones a la firma verificadora

Se queja el impugnante, respecto de la auditoría adelantada, de que Termocartagena mediante comunicación del 25 de agosto de 2005 efectuó observaciones a la firma asesora, sobre las cuales el auditor no hizo ninguna manifestación. Destaca, especialmente, el presunto error que se cometió en la contabilización e los eventos de prueba.

*J. M. P.*

*F*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Sobre al particular debe señalarse que el auditor sí hizo mención de la referida comunicación en su informe, al incluirla como Anexo 6. Esta comunicación y las observaciones que en ella aparecen, como su texto lo indica, se fundamentan en la insistencia en que la llamada bitácora electrónica sea la tenida en cuenta para la verificación. Como el verificador de manera suficientemente motivada desechó la bitácora electrónica como fuente idónea de información, entendimos y entendemos satisfecha la consideración de la citada comunicación y, en su carácter de anexo del informe de verificación, también la entendemos considerada en el acto impugnado.

2.1.1.11. En cuanto a que no se tuvieron en cuenta las dos reuniones de verificación

Finalmente, alega el recurrente en el capítulo dedicado a la "auditoría adelantada" que en la resolución acusada no se tuvieron en cuenta dos (2) reuniones de verificación de eventos donde el Dr. Angel Castañeda insistió acerca de que la bitácora electrónica fue la utilizada para el cálculo parámetro reportado y precisó que tal bitácora no incluía los eventos del CND dado que Termocartagena no tuvo oportunidad de conocer el registro de indisponibilidad histórica de la planta que llevaba el CND, porque el mismo no se hizo público. Agrega que como ejemplo de lo anterior, el Dr. Angel señaló, un mantenimiento planeado para el condensador de la unidad, el cual, finalmente no se realizó y el CND no corrigió la información.

En primer término, no es cierto que en la resolución acusada no se haya hecho mención de las referidas reuniones; en su página 21 expresamente se citan. En segundo término, tampoco es cierto que el Dr. Angel Castañeda haya expresado que "... con un mantenimiento planeado para el condensador de la unidad en el año 2002 el cual finalmente no se realizó y el agente siguió declarando la disponibilidad de la planta para efectos de las ofertas que deben realizarse diariamente, y que el CND no corrigió la información." Esta alegación provino del Sr. Mario Castro, Jefe de Planeación y Servicios de Termocartagena y al auditor, como a esta entidad, le resulta imposible atenderla pues no se expresaron las circunstancias de tiempo en que se desarrolló el referido evento ni se aportaron las pruebas que permitan identificarlo y analizarlo.

En tercer término, la alegación en lo relativo a la publicidad de la información del CND, no es una prueba, sino, eso, una alegación de carácter jurídico, imposible de resolver por el auditor de carácter técnico a quien un acto general, la Resolución CREG 06 de 2001, obligaba a tener en consideración los eventos registrados en el CND en las concretas circunstancias allí expresadas, es decir, cuando en la relación entregada por el CND o el CRD, existe un número de eventos superior en 10% al número de eventos registrados por el agente en su bitácora.

En cuarto término, dicha alegación no se formuló en la defensa frente a la CREG sino en la etapa de contradicción y validación del informe frente al auditor y en la vía gubernativa y se resolverá de fondo en esta resolución, según corresponda, en el correspondiente capítulo.

7  
RA

F



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En quinto término, contrario a lo expresado por el Dr. Angel Castañeda en las reuniones de verificación y con posterioridad a ellas, la defensa de Termocartagena reclamó con insistencia la incorporación de la información del CND en la verificación del IH declarado, como se describe en el numeral 2.1.2.3 de esta parte motiva.

Con las consideraciones antedichas es que se puede afirmar que no se evidencian los errores graves que Termocartagena le atribuye al informe de auditoría de Price y que como quedó expuesto, este informe está debidamente fundamentado, su conclusión es clara, firme y consecuencia lógica de su fundamento. Sobre la presunta violación del derecho de defensa que, al decir de Termocartagena, se produjo en su trámite, nos pronunciaremos al analizar este cargo.

#### 2.1.2. El Dictamen Pericial Rendido

Dice el impugnante, en términos generales, que la CREG no valoró en su totalidad y de manera integral el dictamen pericial rendido por el perito Mauricio Correa y su adición, pues únicamente hizo mención a ciertas preguntas que resolvió el perito, pero no tuvo en consideración otros aspectos de ese dictamen, relevantes para la decisión que se debía tomar, a saber:

2.1.2.1. Que el perito dejó claro que no existen dos bitácoras en Termocartagena, sino una sola, elaborada sobre la plataforma Visual Fox Pro

No es cierto, en parte alguna el dictamen y su adición dicen tal cosa. Todo lo contrario, el perito con fundadas razones dictaminó que la bitácora más confiable es la llamada física:

*“La bitácora más fiable es la bitácora física, la cual se comprobó se lleva con mucho rigor, no se encuentra “amarrada” a los parámetros del software de base de datos (bitácora electrónica) y puede contener información que no necesariamente se encuentra en la bitácora electrónica, es decir una mejor descripción de eventos.”* (hemos subrayado) (Fol. 259)

Como ya se explicó en el acto recurrido, entre las razones llevaron al perito a esta conclusión, expuso que durante la operación de la planta la llamada “bitácora física” siempre ha estado en funcionamiento y que la llamada “bitácora electrónica” entró en funcionamiento aproximadamente desde enero de 2005, por lo tanto, los datos que se encuentran en la llamada “bitácora electrónica” anteriores a esta fecha, fueron ingresados mediante una persona encargada de la transcripción. Por eso, en la respuesta a la pregunta 3 del cuestionario responde (Fol. 260) que los eventos sucedidos antes de enero de 2005 fueron registrados directamente, únicamente, en la llamada “bitácora física”.

*J. M. C.*

*F*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Es cierto que el perito expresó que la transcripción de datos de la bitácora llevada manualmente en los libros físicos a los medios electrónicos presentó muchas dificultades debido a que la caligrafía de muchas de las notas contenidas en el cuaderno de bitácora era casi ilegible, adicional a no existir una manera estándar para describir un mismo evento. Sin embargo, la alusión que a esta expresión del perito se hace en el recurso, aparece descontextualizada para descalificar la bitácora llevada manualmente en los libros físicos, cuando, es todo lo contrario, que tal expresión se utilizó para explicar por qué la bitácora llevada en esta forma es más confiable, es decir, que, ante la pregunta acerca de cuál de las bitácoras contiene los eventos reales, esto es, cuál contiene la información más fiable, el perito respondió claramente que era la bitácora contenida en los libros físicos, dado que la transcripción de datos desde su fuente original, presentó los problemas reseñados. Esta apreciación del perito, como ya se observó, es confirmada por el Abogado Asesor Legal de Termocartagena en las reuniones de verificación celebradas los días 1<sup>18</sup> y 5<sup>19</sup> de septiembre de 2005, según dan cuenta las correspondientes actas.

Para la completa ilustración de lo dicho, se transcriben completas las preguntas y las respuestas del perito sobre el particular:

**“5.1. Dictamine cual de las bitácoras de planta presentadas por TERMOCARTAGENA SA. E.S.P a la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA (las denominadas física y electrónica) contiene el registro de los eventos reales sucedidos durante la operación de la planta y/o unidad de generación Termocartagena 3. Esto es, cual de ellas contiene la información más fiable o si las dos bitácoras son complementarias.**

*Durante todo el tiempo de operación de la planta, la bitácora física siempre ha estado en funcionamiento, la bitácora electrónica, según lo manifestado por los funcionarios, ha estado en operación dentro de la sala de control desde aproximadamente enero de 2005.*

*Los datos que se encuentran en la bitácora electrónica anteriores a enero de 2005, fueron ingresados mediante una persona encargada de la transcripción de los cuadernos de bitácora a un software de bases de datos (la bitácora electrónica).*

*La transcripción de los datos presentó muchas dificultades debido a que la caligrafía de muchas de las notas contenidas en los cuadernos de bitácora era casi ilegible, adicional a no existir una manera estándar para describir un mismo evento por parte de diferentes personas, lo cual causa problemas de interpretación por parte del digitador y aún por parte de operarios de la planta.*

<sup>18</sup> “AC (Angel Castañeda) sugiere que PwC AGA debe (...) Manifestó que existe una diferencia en la metodología aplicada, específicamente respecto a la fuente de información. Que efectivamente **hay diferencias en las bitácoras física y electrónica, producto de problemas de migración**, pero que la bitácora electrónica fue la que tomó Termocartagena para el cálculo del parámetro y el verificador lo debe revelar en su informe.” (Fol. 30) (hemos subrayado y destacado)

<sup>19</sup> “AC manifiesta que la fuente de información del índice de Disponibilidad Histórica reportada por Termocartagena3 fue la bitácora electrónica bien o mal; que no se está negando la existencia de la bitácora física y que **de la migración de datos pudo haber ocurrido errores de digitalización y migración de datos a la bitácora electrónica positivos y negativos; que si ésta se fue con más o menos errores la bitácora electrónica fue con la que se reportó.**” (Fol. 36) (hemos subrayado y destacado)

*J. N. S.*

*J.*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*Es así como debe entenderse que el registro de los eventos reales sucedidos en la planta, son los registrados en la bitácora física. A partir de enero de 2005, las dos bitácoras son complementarias debido a que el operador de turno ingresaba las anotaciones al mismo tiempo en las dos bitácoras.*

*La bitácora más fiable es la bitácora física, la cual se comprobó se lleva con mucho rigor, no se encuentra "amarrada" a los parámetros del software de base de datos (bitácora electrónica) y puede contener información que no necesariamente se encuentra en la bitácora electrónica, es decir una mejor descripción de los eventos."*

(...)

**"5.3. Si existe justificación para que la totalidad de eventos de indisponibilidad registrados en la Bitácora Física no se encuentren registrados en la Bitácora Electrónica.**

*Como se menciona en la respuesta a la pregunta 5.1. la transcripción de los datos de la bitácora física a la bitácora electrónica, presentó muchas dificultades debido a que la caligrafía de muchas de las notas contenidas en los cuadernos de bitácora era casi ilegible, adicionalmente no existe una manera estándar para describir un mismo evento por parte de diferentes personas, lo cual causa problemas de interpretación por parte del digitador y aún por parte de dos operarios de la planta.*

*Lo anterior se suma a que nunca se realizó un control de calidad al trabajo del digitador ni se realizaron pruebas de escritorio a la validez de los datos digitados.*

*En mi concepto, lo expuesto en los dos párrafos anteriores es justificación para que la totalidad de eventos de indisponibilidad registrados en la bitácora física no se encuentren registrados en la bitácora electrónica."*

Como se puede ver, estos apartes del dictamen pericial que el recurrente dice que la CREG dejó de valorar, lejos de infirmar lo decidido en la en la resolución recurrida, contribuyen a ratificarlo.

2.1.2.2. Que en la "bitácora electrónica" se encuentra la misma información que tienen los registros físicos de la planta como se deduce del dictamen pericial

No es cierto. En parte alguna de su dictamen el perito dijo tal cosa. Todo lo contrario, en la respuesta a la pregunta 5.3 manifestó que en su "... concepto lo expuesto en los dos párrafos anteriores es justificación para que la totalidad de eventos de indisponibilidad registrados en la bitácora física no se encuentren registrados en la bitácora electrónica." (Fol. 260).

Es cierto que en la adición del dictamen el perito afirmó que existe coincidencia entre cantidad de eventos mencionados por Price (136 eventos, Fol. 13) y el extractado de los archivos electrónicos, pero de ello no se sigue que estos archivos tengan la misma información que la física pues no fue la disparidad en el número de total de eventos lo que llevó a Price a descartar la llamada "bitácora electrónica", como quedó claro en el informe de Price (Fols. 10 y 11)

*J. M. S.*

*f*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Claro está que si el agente tiene tal percepción, la de que las dos bitácoras tienen la misma información, no se entiende por qué su rechazo a ser verificado con la bitácora llevada manualmente en los libros físicos.

Adicional a lo anterior, se advierte que esta igualdad entre el número de eventos presentes en la llamada "bitácora física" y en la llamada "bitácora electrónica" es apenas formal, porque la realidad es que las serias inconsistencias que presenta la llamada "Bitácora Electrónica", constituidas por traslapos de tiempos y eventos, vacío de eventos, eventos que no encajan en la secuencia de eventos, hace que el número real de eventos sea imposible de determinarse como pasa a explicarse en el siguiente cuadro extraído de la llamada "bitácora electrónica" de Termocartagena, con las observaciones referidas sobre los respectivos eventos:

	rfecha1	rturno1	rfecha2	rturno2	r1nombre	Nota
1	21/10/2001	19:50	22/10/2001	12:22	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Espacio vacío entre dos fechas
2	19/01/2002	17:10	20/01/2002	06:12	Horas Operación Unidad Generadora	
3	20/01/2002	06:12	22/01/2002	04:38	Tiempo Fuera de Línea	
4	22/01/2002	04:38	22/01/2002	13:11	Horas Operación Unidad Generadora	
5	22/01/2002	13:11	23/01/2002	00:01	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con fechas y horas de inicio iguales
6	22/01/2002	13:11	13/02/2002	05:36	Tiempo Fuera de Línea	
7	13/02/2002	05:36	13/02/2002	21:13	Horas Operación Unidad Generadora	
8	13/02/2002	21:13	22/04/2002	08:49	Tiempo Fuera de Línea	
9	22/04/2002	08:49	22/04/2002	10:49	Horas Operación Unidad Generadora	
10	22/04/2002	10:49	25/04/2002	18:19	Tiempo Fuera de Línea	
11	25/04/2002	18:19	25/04/2002	20:56	Horas Operación Unidad Generadora	
12	25/04/2002	20:56	25/05/2002	17:13	Tiempo Fuera de Línea	
13	25/05/2002	17:13	26/05/2002	00:04	Horas Operación Unidad Generadora	
14	26/05/2002	00:04	04/06/2002	13:30	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con fechas y horas de inicio iguales
15	26/05/2002	00:04	04/07/2002	04:10	Tiempo Fuera de Línea	
16	04/07/2002	04:10	04/07/2002	20:10	Horas Operación Unidad Generadora	
17	04/07/2002	20:10	16/09/2002	17:24	Tiempo Fuera de Línea	
18	16/09/2002	17:24	17/09/2002	06:07	Horas Operación Unidad Generadora	
19	17/09/2002	06:07	09/10/2002	17:07	Tiempo Fuera de Línea	
20	09/10/2002	17:07	09/10/2002	17:28	Horas Operación Unidad Generadora	
21	09/10/2002	17:28	09/10/2002	18:00	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio y finalización iguales
22	09/10/2002	17:28	09/10/2002	18:00	Tiempo Fuera de Línea	
23	09/10/2002	18:00	09/10/2002	18:17	Horas Operación Unidad Generadora	
24	09/10/2002	18:17	18/10/2002	18:25	Horas de Indisponibilidad por Causa interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio iguales
25	09/10/2002	18:17	16/11/2002	04:12	Tiempo Fuera de Línea	
26	01/11/2002	13:00	01/11/2002	15:00	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Eventos que no encajan en la secuencia de eventos
27	03/11/2002	13:00	03/11/2002	15:00	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
28	04/11/2002	11:36	05/11/2002	15:18	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
29	07/11/2002	08:00	08/11/2002	00:01	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	

7

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

	rfecha1	rturno1	rfecha2	rturno2	rnombre	Nota
30	16/11/2002	04:12	16/11/2002	05:30	Horas Operación Unidad Generadora	
31	16/11/2002	05:30	20/11/2002	16:30	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas de inicio iguales
32	16/11/2002	05:30	01/12/2002	04:07	Tiempo Fuera de Línea	
33	01/12/2002	04:07	01/12/2002	09:10	Horas Operación Unidad Generadora	
34	01/12/2002	09:10	01/12/2002	09:42	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio y finalización iguales
35	01/12/2002	09:10	01/12/2002	09:42	Tiempo Fuera de Línea	
36	01/12/2002	09:42	02/12/2002	02:30	Horas Operación Unidad Generadora	
37	02/12/2002	02:30	02/12/2002	02:52	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio y finalización iguales
38	02/12/2002	02:30	02/12/2002	02:52	Tiempo Fuera de Línea	
39	02/12/2002	02:52	02/12/2002	08:18	Horas Operación Unidad Generadora	
40	02/12/2002	08:18	26/12/2002	00:10	Tiempo Fuera de Línea	
41	26/12/2002	00:10	26/12/2002	01:20	Horas Operación Unidad Generadora	
42	26/12/2002	01:20	26/12/2002	02:10	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio y finalización iguales
43	26/12/2002	01:20	26/12/2002	02:10	Tiempo Fuera de Línea	
44	26/12/2002	02:10	26/12/2002	13:12	Horas Operación Unidad Generadora	
45	26/12/2002	13:12	15/01/2003	04:52	Tiempo Fuera de Línea	
46	14/01/2003	08:28	14/01/2003	14:42	Horas de Indisponibilidad por Causa Externa	Evento que no encaja en la secuencia de eventos
47	15/01/2003	04:52	15/01/2003	21:37	Horas Operación Unidad Generadora	
48	15/01/2003	21:37	21/01/2003	07:25	Tiempo Fuera de Línea	
49	21/01/2003	07:25	21/01/2003	20:15	Horas Operación Unidad Generadora	
50	21/01/2003	20:15	10/03/2003	05:35	Tiempo Fuera de Línea	
51	03/02/2003	07:40	03/02/2003	17:40	Horas de Indisponibilidad por Causa Externa	Evento que no encaja en la secuencia de eventos
52	10/03/2003	05:35	10/03/2003	19:20	Horas Operación Unidad Generadora	
53	10/03/2003	19:20	16/05/2003	16:46	Tiempo Fuera de Línea	
54	16/05/2003	16:46	17/05/2003	06:15	Horas Operación Unidad Generadora	
55	17/05/2003	06:15	12/06/2003	17:34	Tiempo Fuera de Línea	
56	12/06/2003	17:34	13/06/2003	06:03	Horas Operación Unidad Generadora	
57	13/06/2003	06:03	14/06/2003	17:12	Tiempo Fuera de Línea	
58	14/06/2003	17:12	15/06/2003	06:17	Horas Operación Unidad Generadora	
59	15/06/2003	06:17	19/06/2003	18:18	Tiempo Fuera de Línea	
60	16/06/2003	09:00	16/06/2003	12:00	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Evento que no encaja en la secuencia de eventos
61	19/06/2003	18:18	20/06/2003	07:10	Horas Operación Unidad Generadora	
62	20/06/2003	07:10	07/08/2003	17:12	Tiempo Fuera de Línea	
63	07/07/2003	09:00	07/07/2003	12:00	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Evento que no encaja en la secuencia de eventos
64	07/08/2003	17:12	08/08/2003	06:14	Horas Operación Unidad Generadora	
65	08/08/2003	06:14	10/10/2003	09:07	Tiempo Fuera de Línea	
66	11/09/2003	23:30	13/09/2003	00:01	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Eventos que no encajan en la secuencia de eventos
67	14/09/2003	15:00	15/09/2003	19:00	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
68	22/09/2003	00:01	24/09/2003	00:01	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
69	10/10/2003	09:07	10/10/2003	12:15	Horas Operación Unidad Generadora	
70	10/10/2003	12:15	22/10/2003	10:35	Tiempo Fuera de Línea	

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

	rfecha1	rturno1	rfecha2	Rturno2	r1nombre	Nota
71	22/10/2003	00:01	22/10/2003	09:00	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Evento que no encaja en la secuencia de eventos
72	22/10/2003	10:35	22/10/2003	14:33	Horas Operación Unidad Generadora	
73	22/10/2003	14:33	04/12/2003	02:30	Tiempo Fuera de Línea	
74	22/10/2003	16:00	23/10/2003	00:01	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Evento que no encaja en la secuencia de eventos
75	04/12/2003	02:30	04/12/2003	03:37	Horas Operación Unidad Generadora	
76	04/12/2003	03:37	04/12/2003	04:52	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio y finalización iguales
77	04/12/2003	03:37	04/12/2003	04:52	Tiempo Fuera de Línea	
78	04/12/2003	04:52	04/12/2003	14:38	Horas Operación Unidad Generadora	
79	04/12/2003	14:38	13/12/2003	17:01	Tiempo Fuera de Línea	
80	13/12/2003	17:01	14/12/2003	06:33	Horas Operación Unidad Generadora	
81	14/12/2003	06:33	07/01/2004	07:18	Tiempo Fuera de Línea	
82	07/01/2004	07:18	07/01/2004	20:23	Horas Operación Unidad Generadora	
83	07/01/2004	20:23	23/02/2004	16:11	Tiempo Fuera de Línea	
84	23/02/2004	16:11	23/02/2004	18:05	Horas Operación Unidad Generadora	
85	23/02/2004	18:05	18/03/2004	08:16	Tiempo Fuera de Línea	
86	18/03/2004	08:16	18/03/2004	21:05	Horas Operación Unidad Generadora	
87	18/03/2004	21:05	02/04/2004	04:25	Tiempo Fuera de Línea	
88	02/04/2004	04:25	02/04/2004	04:53	Horas Operación Unidad Generadora	
89	02/04/2004	04:53	02/04/2004	05:47	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio y finalización iguales
90	02/04/2004	04:53	02/04/2004	05:47	Tiempo Fuera de Línea	
91	02/04/2004	05:47	02/04/2004	17:16	Horas Operación Unidad Generadora	
92	02/04/2004	17:16	30/05/2004	16:37	Tiempo Fuera de Línea	
93	19/05/2004	08:46	19/05/2004	09:46	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Eventos que no encajan en la secuencia de eventos
94	19/05/2004	12:03	19/05/2004	15:44	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
95	30/05/2004	16:37	31/05/2004	06:22	Horas Operación Unidad Generadora	
96	31/05/2004	06:22	06/06/2004	16:54	Tiempo Fuera de Línea	
97	04/06/2004	09:00	04/06/2004	12:00	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Evento que no encaja en la secuencia de eventos
98	06/06/2004	16:54	06/06/2004	19:45	Horas Operación Unidad Generadora	
99	06/06/2004	19:45	06/06/2004	20:20	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio y finalización iguales
100	06/06/2004	19:45	06/06/2004	20:20	Tiempo Fuera de Línea	
101	06/06/2004	20:20	08/06/2004	08:37	Horas Operación Unidad Generadora	
102	08/06/2004	08:37	13/06/2004	09:17	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio iguales
103	08/06/2004	08:37	28/06/2004	16:29	Tiempo Fuera de Línea	
104	16/06/2004	11:02	16/06/2004	15:44	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Eventos que no encajan en la secuencia de eventos
105	25/06/2004	09:01	25/06/2004	13:18	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
106	28/06/2004	16:29	30/06/2004	00:23	Horas Operación Unidad Generadora	
107	30/06/2004	00:23	30/06/2004	16:45	Tiempo Fuera de Línea	
108	30/06/2004	16:45	01/07/2004	06:14	Horas Operación Unidad Generadora	
109	01/07/2004	06:14	01/07/2004	16:35	Tiempo Fuera de Línea	
110	01/07/2004	16:35	01/07/2004	16:45	Horas Operación Unidad Generadora	
111	01/07/2004	16:45	02/07/2004	08:00	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Dos eventos diferentes con horas y fechas de inicio iguales

*J*  
*11/10*

*F*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

	rfecha1	rturno1	rfecha2	rturno2	rlnombre	Nota
112	01/07/2004	16:45	06/07/2004	16:12	Tiempo Fuera de Línea Horas Operación Unidad Generadora	
113	06/07/2004	16:12	07/07/2004	06:12		
114	07/07/2004	06:12	23/07/2004	16:18	Tiempo Fuera de Línea Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Evento que no encaja en la secuencia de eventos
115	09/07/2004	10:17	15/07/2004	09:44	Horas Operación Unidad Generadora	
116	23/07/2004	16:18	24/07/2004	06:18		
117	24/07/2004	06:18	26/07/2004	16:22	Tiempo Fuera de Línea Horas Operación Unidad Generadora	
118	26/07/2004	16:22	27/07/2004	06:16		
119	27/07/2004	06:16	07/08/2004	16:13	Tiempo Fuera de Línea Horas Operación Unidad Generadora	
120	07/08/2004	16:13	08/08/2004	06:18		
121	08/08/2004	06:18	08/08/2004	16:32	Tiempo Fuera de Línea Horas Operación Unidad Generadora	
122	08/08/2004	16:32	09/08/2004	06:35		
123	09/08/2004	06:35	03/09/2004	15:44	Tiempo Fuera de Línea Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Eventos que no encajan en la secuencia de eventos
124	11/08/2004	12:00	17/08/2004	11:43	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
125	28/08/2004	08:42	28/08/2004	17:57	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
126	29/08/2004	08:42	29/08/2004	15:10	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
127	30/08/2004	09:34	30/08/2004	16:24	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
128	31/08/2004	08:34	31/08/2004	19:17	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
129	01/09/2004	09:34	01/09/2004	11:37	Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	
130	03/09/2004	15:44	04/09/2004	22:17	Horas Operación Unidad Generadora	
131	04/09/2004	22:17	14/09/2004	15:24	Tiempo Fuera de Línea Horas de Indisponibilidad por Causa Interna	Evento que no encaja en la secuencia de eventos
132	05/09/2004	00:01	13/09/2004	12:00	Horas Operación Unidad Generadora	
133	14/09/2004	15:24	15/09/2004	22:16		
134	15/09/2004	22:16	17/09/2004	16:28	Tiempo Fuera de Línea Horas Operación Unidad Generadora	
135	17/09/2004	16:28	18/09/2004	06:22		
136	18/09/2004	06:22	30/09/2004	24:00	Tiempo Fuera de Línea	

Estas inconsistencias, además de desvirtuar la pretendida igualdad entre la "bitácora física" y la llamada "electrónica", ponen en duda la tan anunciada confiabilidad del programa *Visual Fox Pro*.

Además, los eventos que contiene la llamada "Bitácora Electrónica" no son eventos independientes y, como consecuencia, no se pueden sumar para determinar el índice, hacen imposible calcular el IH.

2.1.3. Los testimonios adelantados

Se glosa el acto recurrido en esta parte del recurso, también por falta de valoración integral de los testimonios recibidos y, para tal efecto, se transcribe una parte de la diligencia de testimonio del Sr. Ronald James Howard Munevar (Fol.368), la cual, además de que comprende en su gran mayoría un segmento de tal declaración transcrito y valorado en el acto impugnado (Hojas 28 y 19 de la Res. CREG 050 de 2006) que por tal circunstancia, no se puede glosar de no valorado, transcribe otro donde a la pregunta acerca de la forma como el CND registra la información de indisponibilidad histórica, el testigo responde que "El

*JPT*

*f*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*CND no presenta esa información a los usuarios del sistema, no conozco la metodología que ellos tienen para guardar esa información, ni esa información se concilia con los agentes.”*

Esta respuesta, realmente, no se transcribió en el acto impugnado como no es del caso ni posible transcribir todo el texto de las declaraciones y valorar cada uno de sus renglones, ni se le dio la relevancia que el recurrente reclama, por dos circunstancias: (i) porque no se deduce qué valor puede tener en la decisión la ignorancia del testigo acerca de la forma en que el CND guarda la información, y (ii) porque para la fecha de la decisión ninguna controversia existía sobre esta materia pues la defensa de Termocartagena reclamó con insistencia la incorporación de la información del CND en la verificación del IH declarado:

*“La firma auditora debería haber realizado el análisis con las tres fuentes posibles de información. Sin embargo, lo hizo teniendo en cuenta la bitácora física únicamente, excluyendo las otras dos fuentes posibles: la bitácora electrónica y la información suministrada CND.”* (Fol. 54)

(...)

*“Por lo tanto, mal haría la firma auditora en discriminar de manera arbitraria dos de las tres fuentes de información previstas en la regulación energética. Finalmente, es importante subrayar que, tanto la información del CND como las bitácoras existentes, en alguna medida reflejan la realidad del agente”* (Fol. 57)

(...)

*“No se opone tampoco el agente a que se revisen las demás fuentes de información: bitácora física e información del CND. Pero si se opone a que se excluya deliberadamente la bitácora que sirvió de base al informe que rindió.”* (Pág. 15 del memorial de defensa del 13 de diciembre de 2005)

A partir de estas alegaciones de Termocartagena las consideraciones del acto impugnado (numeral 2.2.) se orientaron a determinar sí, realmente, la información del CND se había excluido del análisis del verificador.

No mereció tampoco esta aseveración del testigo un pronunciamiento oficioso de la CREG pues para esa fecha, como para la actual, tenía en claro, en primer término, que no puede pretermitir las normas regulatorias que con carácter general obligan a considerar la información del CND en la verificación de parámetros declarados para el cálculo del Cargo por Capacidad y, en segundo término, que esa información es suministrada por los propios agentes al CND, es pública y publicada y existe oportunidad para controvertirla, como más adelante se verá.

Entonces, de un lado la CREG tenía clara la obligación de considerar la información del CND y, del otro, el agente exigió su aplicación. Pues ningún

*J. D. D.*

*J.*



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

pronunciamiento había que hacer sobre este tópico, distinto a verificar que tal información si hubiese sido considerada en la verificación.

Ahora bien, como con motivo del recurso se aboga ahora porque se desprecie la información del CND, en la parte correspondiente de este acto se harán las consideraciones que en derecho correspondan sobre la materia.

#### 2.1.4. Otras pruebas documentales

Dice el impugnante en este segmento de su recurso que tampoco fueron valorados otros documentos que obran en el expediente y que relaciona en la página 14 de su recurso.

Frente a esta alegación la CREG reitera las consideraciones expuestas en los numerales 2.1.1.10 y 2.1.1.11 de esta parte valorativa respecto de las actas de reunión No. 1 y 2 del 1 y 5 de septiembre de 2005 y del oficio Ter 0094-2005 del 25 de agosto de 2005.

Respecto de las comunicaciones de Termocartagena de fecha 30 de marzo y 16 de mayo de 2005 dirigidas a Price mediante las cuales, en su orden, remite las bitácoras de la unidad de generación Cartagena 3 integradas por 19 libros y remite la llamada "bitácora electrónica" de la misma unidad, se observa que las mismas fueron objeto de consideración en el numeral 2.1. del Título II de consideraciones del acto impugnado (Pág. 16).

Respecto de las comunicaciones de Termocartagena de fechas 8 de junio, 21 de julio, 22 de julio de 2005 y de la empresa Transelca del 28 de julio del mismo año, debe observarse que no era posible valorarlas pues para la fecha de expedición del acto impugnado no se habían incorporado a la actuación.

#### 2.2. En cuanto a los argumentos relacionados con la violación del debido proceso

##### 2.2.1 En cuanto a la violación del debido proceso respecto de los registros del CND

Dice bajo este título el impugnante, en términos generales, que solicitó al CND la revisión de la información operativa de la unidad y que éste se negó a aceptar tal solicitud con fundamento en lo establecido en el artículo 6 de la Resolución CREG 047 de 2000. Agrega que los registros del CND no cuentan con un mecanismo que haga pública la información que permita corregirla y controvertirla y que la CREG no tuvo en cuenta dicha circunstancia y valoró como plena prueba la información remitida por el CND. Luego dice que los registros del CND son inoponibles a Termocartagena y que la objeción a que se refieren los artículos 7 y 10 de la Resolución CREG 006 de 2003 no comprende la objeción a eventos de prueba, de reserva o de indisponibilidad, porque tal objeción sólo se refiere a los eventos de generación que son los relevantes para la liquidación de las transacciones comerciales. Para resolver este cargo, se considera lo siguiente:

7  
1155

7

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

#### 2.2.1.1. Obligación de considerar la información del CND

En primer término debe expresarse la CREG que la obligación de considerar la información sobre eventos registrada en el CND dentro del procedimiento de verificación de los parámetros declarados para el cálculo del cargo por capacidad, surge de un acto administrativo de carácter general, impersonal y abstracto, la resolución CREG 006 de 2001, amparado por la presunción de legalidad de que gozan dichos actos y que, por lo tanto, el procedimiento para controvertirlo no es la vía gubernativa dentro de una actuación particular y concreta cuyo objeto no es debatir su legalidad sino aplicarlo.

Acto que, de otra parte, integra el marco normativo dentro del cual los agentes declaran sus parámetros para el reconocimiento del cargo por capacidad y, como tal, hace parte de las condiciones normativas conocidas por los agentes generadores, antecedentes a su declaración de parámetros y a su decisión de participar en la asignación de cargo por capacidad.

Adicional a lo antedicho, se advierte que no es cierto que la información de eventos registrados en el CND carezca de un mecanismo de corrección, contradicción y publicidad como pasa a explicarse.

#### 2.2.1.2. Origen de la información

Lo segundo que se debe observar es que esa información de eventos registrada en el CND la proporcionan y registran los mismos agentes generadores en cumplimiento de los numerales 3.1 y 4.1 del Código de Operación adoptado por la Resolución CREG 025 de 1995 y del Anexo A2 y los numerales 2 del Anexo A y 2.1 del Anexo B de la Resolución CREG 024 de 1995 y de los artículos 5 de la Resolución CREG 047 de 2000 y 6 de la Resolución CREG 006 de 2003.

#### 2.2.1.3 Publicidad de la información

Lo tercero es que no es cierto que esa información de eventos carezca de un mecanismo de publicidad que permita su conocimiento por parte de los agentes generadores. Los numerales 6.5 del Código de Operación (Res. CREG 025 de 1995), 2 del Anexo A y 2.1 del Anexo B de la Resolución CREG 024 de 1995 y los artículos 7 numerales 2, 3 y 8 de la Resolución CREG 047 de 2000, 8 numerales 1, 2 y 4 y artículo 9 de la Resolución CREG 006 de 2003, prevén tal mecanismo de publicidad, el cual, efectivamente existe, según lo informado por XM, en comunicación del 29 de noviembre de 2006 (Fol. 423):

*“Los Agentes Generadores pueden consultar diariamente desde las 06:00 horas la información de eventos de sus unidades del día anterior, mediante clave de acceso, por medio de la aplicación OPESIN, la cual se encuentra en la siguiente dirección: [www.xm.com.co](http://www.xm.com.co), servicios virtuales, Opesin.*

*J. P. M.*

*F*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

*Esta información se puede consultar con resolución diaria y para todos los días siguientes al 1 de enero de 2001, hasta la fecha."*

El mismo recurrente con su memorial del 21 de febrero de 2007 demostró que tal mecanismo de publicidad existe, pues allegó copia de algunos de los "pantallazos" diarios que tal sistema produce correspondientes a los años 2002, 2003 y 2004 donde se puede apreciar que la publicación comprende eventos de reserva, pruebas, servicio e indisponibilidad (Fol. 513).

#### 2.2.1.4. Corrección y contradicción de la información del CND

En cuarto lugar, en los artículos 6 y 7 de la Resolución CREG 047 de 2000, y 7, 8 y 10 de la Resolución CREG 006 de 2003, se reguló y regula lo relativo a la corrección de la información sobre registro de eventos en el CND, lo cual comprende la posibilidad de solicitar modificaciones y hacer observaciones a todos los eventos de generación, incluidos eventos de prueba, de reserva, y de indisponibilidad<sup>20</sup>, pues todos ellos hacen parte de la información necesaria para la liquidación de transacciones en el Mercado Mayorista.

Debe recordarse en este sentido que el Cargo por Capacidad, incluido el remunerado a Termocartagena, hacía parte del Mercado Mayorista de Energía como lo disponían los artículos 2 y 3 de la Resolución CREG 116 de 1996 y en tal virtud, era remunerado, recaudado, conciliado, liquidado y facturado dentro de tal mercado. Por ende, las variables utilizadas para tal efecto, hacían parte de la información que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales – ASIC ponía a disposición de los agentes para que la corrigieran o hicieran observaciones sobre la misma en virtud de lo que reglaban los artículos 6, 7, 8 y 9 de la Resolución CREG 047 de 2000 y en virtud de lo que actualmente disponen los artículos 7, 8, 9 y 10 de la Resolución CREG 006 de 2003.

Entre esas variables, estaba la Disponibilidad Comercial que de acuerdo con lo estipulado por el numeral 1 de anexo 1 de la Resolución CREG 116 de 1996, sirve para determinar la Capacidad Remunerable Real de la planta.

Este concepto de disponibilidad comercial<sup>21</sup> en los términos del artículo 1 de la Resolución CREG 024 de 1995, comprende los eventos de reserva en que estando disponible la planta, no genera, pues de acuerdo con la definición que aparece en el citado artículo, la disponibilidad comercial comprende la declaración de disponibilidad de los generadores.

<sup>20</sup> Así quedó también demostrado con la copia aportada por el recurrente de algunos de los "pantallazos" diarios que se publican por medio de la aplicación OPESIN, la cual se encuentra en la dirección: [www.xm.com.co](http://www.xm.com.co), servicios virtuales, Opesin, correspondientes a los años 2002, 2003 y 2004 donde se puede apreciar que la publicación comprende eventos de reserva, pruebas, servicio e indisponibilidad (Fol. 513)

<sup>21</sup> **"Disponibilidad Comercial.** Es la disponibilidad calculada por el SIC, la cual considera la declaración de disponibilidad de los generadores, modificada cuando se presenten cambios en las unidades de generación en la operación real del sistema." (Art. 1 Resolución CREG 024 de 1995)

*JMI*

*F*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

La disponibilidad, indisponibilidad y los derrateos de la planta, son también variables conforme a las cuales se liquida el Cargo por Capacidad porque el concepto de disponibilidad comercial incorpora también la operación real del sistema, la cual modifica la declaración de disponibilidad de los generadores de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1 de la Resolución CREG 024 de 1995.

También se utiliza este concepto de disponibilidad comercial para la determinación del despacho ideal<sup>22</sup> y del precio de bolsa que se calcula a partir de aquel<sup>23</sup>, los cuales son variables imprescindibles para la liquidación de transacciones comerciales en el mercado mayorista como expresamente lo reconoce el artículo 8 numeral 1 de la Resolución CREG 006 de 2003.

Los eventos de prueba también son relevantes para la liquidación de las transacciones comerciales en el mercado mayorista de energía en la medida en que afectan la disponibilidad comercial en los términos del artículo 5 de la Resolución CREG 017 de 2002, y son pagados a precio de reconciliación positiva según lo dispuesto por el artículo 7 ibidem.

Queda claro entonces que la información sobre eventos registrada en el CND es, registrada por los propios agentes, publicada para su conocimiento y sometida a su contradicción en los términos de los artículos 6 y 7 de la Resolución CREG 047 de 2000, y 7, 8 y 10 de la Resolución CREG 006 de 2003.

En estas condiciones, fue legítimo que el CND en comunicación No. 05181-1 del 8 de agosto de 2005 (Fol. 427) se hubiese negado a modificar la información que contiene la base de datos de eventos de generación y disponibilidad real, como lo pretendía Termocartagena en comunicación del 22 de julio de 2003 (Fol. 428), por tratarse, conforme a las disposiciones regulatorias expuestas, de una petición manifiestamente extemporánea.

Reconsiderar la información de eventos del CND correspondiente a Termocartagena o cualquier otro agente, por fuera los plazos que tenían los agentes para controvertirla y el CND para corregirla, si era del caso, supondría reliquidar los montos reconocidos a los generadores por concepto de cargo por capacidad en el periodo que comprende esa información, es decir, de tres (3) años.

Esta conducta del agente, además de extemporánea, no es consecuente con los pagos que recibió por concepto de cargo por capacidad por cuanto que la información que en el pasado sirvió de soporte para esos pagos, ahora pretende desconocerla y rechazarla para la verificación de parámetros.

Esa información generada por el agente, publicada y puesta a su disposición para ser corregida y que sirvió de base para recibir, no solo la remuneración por cargo por capacidad, sino la remuneración por reconciliaciones, ventas de

<sup>22</sup> Anexo A, numeral 1.1.1.1 de la Resolución CREG 024 de 1995

<sup>23</sup> Anexos 4 numeral 1.1.4 y A-4 de la Resolución CREG 024 de 1995

*J. M. R.*

*F.*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

energía y demás servicios complementarios, no puede ahora, pasado el tiempo, ser tildada de inoponible porque XM no entrega unos "pantallazos", cuando la obligación de esta empresa no es la de conservar esos "pantallazos" sino la de conservar la información de eventos.

Esta información con la cual se liquidan las transacciones del Mercado Mayorista y se verifica la consistencia de la información de la bitácora del agente para el cálculo del parámetro IH y que, de darse los supuestos normativos, se incluye en el cálculo, fue incorporada a la actuación, para el caso de Termocartagena, por orden expresa del auto de pruebas del 15 de febrero de 2006 (numeral 3.2), mediante comunicación de Price con radicación CREG E-2006-001579 del 1 de marzo de 2006 (Fols. Nos. 97, 98, 99 y 100), con la cual se anexó copia de la comunicación No. 007971-1 del 27 de abril de 2005 (Fol. 99), con la que el CND remitió la relación de eventos registrados durante el periodo de verificación de la planta y/o unidad de generación Termocartagena 3, incluyendo un disco compacto con copia del archivo que se anexaba en dicha comunicación.

De manera que tampoco es cierto que a la actuación no se haya incorporado la información de eventos entregada por el CND a Price. Fue incorporada expresamente mediante el referido auto de pruebas.

Adicionalmente, esta información, específicamente, la de los eventos incorporados procedentes de la base de datos del CND, aparece también en la base de datos de Price incluida por el perito en la adición al dictamen pericial practicado (Fol. 279), donde aparecen impresos los eventos considerados con su fecha, hora y duración y con la indicación de la procedencia de la información; esto es, si procede de la bitácora de Termocartagena o de la información remitida por el CND.

Posteriormente, mediante auto del 8 de junio del 2006, bajo la consideración de que el perito manifestó (Fol. 269) que la información contenida en el documento radicado en la CREG bajo el número E-2006-002586 (Fol. 293), es la base de cálculo del cargo por capacidad del periodo 2004 - 2005, elaborada por Price y que dicha información fue por él utilizada, se ordenó correr traslado de tal base de cálculo así como de la aclaración del perito, donde se incluyen la información del CND, específicamente, la de los eventos incorporados procedentes de la base de datos del CND.

Está claro entonces que la información de eventos del CND registrados por el agente sí se incorporó a la actuación, provino del CND y fue utilizada por el perito para su experticia como consta en la respuesta a la pregunta 5.5 (Fol. 263) formulada por la propia Termocartagena, donde se le pedía establecer la diferencia entre la bitácora suministrada por el agente y la información suministrada por el CND.

2.2.1.5 Periodo relevante de la información

7  
100

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

A raíz de que XM en respuesta a la solicitud de información que le formuló la CREG, envió la relación de eventos de reserva correspondiente al periodo comprendido entre septiembre de 2000 y septiembre de 2003, Termocartagena pone en duda el periodo de eventos que debió auditarse y el periodo de la información entregada por el CND.

Para la CREG es claro que de conformidad con el numeral 1.3 del Código de Operación adoptado por la Resolución CREG 025 de 1995, el IH se calcula con la información de los tres (3) últimos años y que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del Anexo 4 de la resolución CREG 116 de 1996 en la forma en que fue modificado por la Resolución CREG 074 de 2002, esos tres últimos años se cuentan del 30 de septiembre del año T hacia atrás, como fue entendido por el CND (Fol. 99 y correspondiente CD), por el verificador Price (Fol. 9) y por el propio Termocartagena quien, por su propia iniciativa respecto del periodo de ocurrencia de los eventos, envió la Bitácora ( Fols. 179 y 180 ) correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2001 y el 30 de septiembre de 2004, como expresamente lo reconoce en las respectivas comunicaciones remisorias.

Luego, no se explica la CREG de dónde surgen las dudas sobre el periodo de eventos relevante para el cálculo del IH y no entiende que ellas puedan surgir de la circunstancia de que XM haya enviado la relación de eventos de reserva correspondiente al periodo comprendido entre septiembre de 2000 y septiembre de 2003, pues, conforme Termocartagena lo pidió en su solicitud de aclaraciones y complementaciones, a XM se le solicitó "se allegue la relación de los eventos de reserva de la unidad Termocartagena 3 con sus fechas, horas de duración y calificación" sin exigirle que esa información correspondiera a un determinado periodo de tiempo.

Como se puede deducir con certeza de los análisis antecedentes, no existen razones para desatender la obligación normativa prevista en la Resolución CREG 006 de 2001 de incorporar la información del CND registrada por los propios agentes, en la verificación del parámetro IH de la planta Termocartagena 3.

2.2.2. En cuanto a la violación del debido proceso respecto de la norma sobre bitácoras

Considera el impugnante en esta parte del recurso que "*En la Resolución CREG No. 006 de 2001 se estableció que dentro de los documentos base para determinar la indisponibilidad histórica de las plantas hidráulicas<sup>24</sup> se utilizará, entre otros documentos, la 'Información histórica Bitácoras de planta',...*" que a pesar de que dicha resolución no hace distinción acerca de qué debe entenderse por bitácora y de que cuando la ley no hace distinción no le es dable a su interprete hacerla y de que la misma CREG admitió en el acto recurrido

<sup>24</sup> Termocartagena 3 es en realidad una planta de generación térmica, sin embargo el error en la cita que se hace de la Resolución CREG 006 de 2001, es irrelevante en tanto que los procedimientos de verificación de "IH's Plantas hidráulicas" y de IH's Plantas Térmicas", son idénticos.

J  
RDR

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

que las bitácoras se pueden llevar en medio electrónico, en la actuación administrativa decidió delegar la interpretación acerca de que debía entenderse por bitácora en Price. Agrega que la CREG carece de competencia para hacer tal delegación en un particular y que Price carece de competencia para realizar tal interpretación. Que también se configura violación del principio constitucional según el cual "*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa*", pues el contenido y alcance de lo que debía entenderse por bitácora, fue definido solamente hasta el momento en el que se estaba adelantando la actuación administrativa que terminó en la modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto, en la que se había puesto un derecho en cabeza de Termocartagena - derecho a recibir unos montos por concepto de cargo por capacidad-, para convertirse en la pérdida de dicho derecho, con fundamento en una interpretación subjetiva y arbitraria, en la que por vía de la aplicación de una distinción que no fue hecha en la norma que reglamente el caso concreto, se pretende la aplicación de una norma que no preexistía al inicio de la actuación administrativa.

Sobre este cargo la CREG considera que no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, en particular, dentro de las normas que reglan la interpretación de la ley que, como condición para su aplicación y la de su propia obligatoriedad, cada uno de los vocablos en ella utilizados deba contar, en la misma ley, con su propia definición, esto es, en otros términos, que no está previsto que cada ley deba incluir un diccionario que determine el idioma y el alcance con el que deben entenderse cada una de las palabras en ella utilizadas, por técnicas que sean.

Y no está previsto porque tal función la cumple el idioma, en nuestro caso, el castellano, que por disposición constitucional<sup>25</sup>, es nuestro idioma oficial.

En armonía con el canon constitucional citado, el artículo 29 del Código Civil establece que "*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras;...*" y el artículo 29 ibídem que "*Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca que se han tomado en sentido diverso.*"

La Resolución CREG 006 de 2001, es cierto, utiliza en su Anexo General dentro del proceso de verificación de "IH's Plantas Térmicas" el concepto de "bitácora" para identificar uno de los documentos base que se utilizan en la labor de verificación.

Es obvio entonces que si ese concepto no aparece definido en la regulación, es porque es utilizado en el sentido que le dan quienes profesan la misma ciencia o arte, en este caso, quienes profesan disciplinas en el sector eléctrico y, por lo tanto, la Resolución CREG 006 de 2001, con todo y el concepto de Bitácora, es antecedente a la declaración por Termocartagena del parámetro IH.

<sup>25</sup> Artículo 10 de la Constitución.

J  
15/03  
11

F-

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Es verdaderamente paradójico que Termocartagena para participar de la remuneración del cargo por capacidad y, por ende, para la declaración del índice de indisponibilidad histórica de la planta Termocartagena 3, no haya puesto en duda la existencia del concepto de bitácora, pero ahora, para honrar las obligaciones que surgieron de ese cuantioso pago, sí lo haga.

Toda esta discusión alrededor del concepto de Bitácora se originó, no porque al auditor le asistiesen esas dudas, o porque él haya originado esa distinción entre bitácoras. Surgió porque Termocartagena intempestivamente, como ya se advirtió, resolvió que lo que siempre tuvo por Bitácora había dejado de serlo y que los cálculos hechos en un programa computacional al cual se migraron unos datos deficientemente extraídos de la verdadera bitácora de Termocartagena, con las grandes inconsistencias que identificó el verificador, sumadas a las que se identifican en este acto, era la bitácora oficial de Termocartagena a la que irremediamente debía sujetarse el perito, para avalarla, sin posibilidad de cuestionarla a partir de los registros reales, originales y directos de la planta.

Como se advierte en el acto impugnado, quien distinguió indebidamente fue Termocartagena al pretender dar la calidad de bitácora a unos datos deficientemente extractados de la verdadera bitácora de la planta.

Price, a partir del hecho demostrado de que el agente le presentó inicialmente diecinueve (19) libros como bitácora de la planta Termocartagena 3, y, posteriormente, como bitácora un *Compac Disk*, bajo el software Fox Pro, lo que manifestó a la CREG en comunicación del 1 de septiembre de 2005 (Fol. 32), es que realizó unas pruebas consistentes en confrontar eventos entre las dos fuentes de información recibidas, que lo condujeron a utilizar como fuente de verificación la bitácora conforme a lo registrado físicamente en los libros por ser la fuente primaria, pero que el agente ha solicitado que la denominada "bitácora electrónica" sea la tenida en cuenta para efectos de la verificación y que como la norma, la Resolución CREG 0006 de 2001, no distingue entre "bitácora física" y "bitácora electrónica", solicita se precise cuál de las "dos bitácoras" debe prevalecer en su trabajo.

De la comunicación expuesta se confirma que el verificador, desde un principio, identificó como bitácora a la registrada manualmente en los libros físicos, pero que con posterioridad, ante la insistencia de Termocartagena en que se tuviera en cuenta la "bitácora electrónica" resolvió consultar al CREG porque la Resolución CREG 006 de 2001, no distingue entre bitácoras físicas y electrónicas.

La Resolución CREG 006 de 2001 no distingue entre bitácoras físicas y electrónicas, porque, sencillamente, en las plantas y/o unidades de generación sólo existe una única bitácora, la que registra los eventos reales de la planta.

Por esta circunstancia es que la CREG, en respuesta a la aludida comunicación de Price, se abstuvo de conceptuar sobre algo que no era de su resorte ni le constaba: ¿Cuál de las bitácoras presentadas por Termocartagena es la verdadera bitácora de la planta?

2

f



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En efecto, mediante comunicación S-2005-006480 del 23 de septiembre de 2005, la CREG le expresó lo siguiente a Price (Fol. 40):

*“El índice de indisponibilidad histórica -IH- tiene por objetivo establecer la disponibilidad esperada de la planta y/o unidad de generación considerando los eventos reales sucedidos durante la operación de la misma, en un periodo de tiempo establecido por la reglamentación vigente.”*

“La Resolución CREG-006 de 2001, en su aparte sobre IH’s plantas térmicas, considera la existencia de una única bitácora, la cual debe corresponder al documento en el cual se registran los eventos reales sucedidos durante la operación de la planta y/o unidad de generación.”

“Dado lo anterior, corresponde a la firma auditora establecer cuál es el documento en el que reposan los registros de los eventos reales sucedidos durante la operación de la planta y/o unidad de generación, el cual debe ser utilizado para los efectos de verificación de parámetros establecido en la Resolución CREG-006 de 2001”. (hemos subrayado)

Al rompe se establece que en esta comunicación ningún acto de delegación se materializa.

Lo que se hizo, fue recordarle al auditor que es a él, por ser el verificador, por ser el experto técnico, por ser quien tiene la intermediación con los documentos examinados, a quien corresponde conceptuar cuál es el documento en el que reposan los registros de los eventos reales sucedidos durante la operación de la planta y/o unidad de generación. Quien puede dilucidar ante dos (2) documentos que se presentan como bitácora cuál es la verdadera o, a lo menos, la más confiable en un caso específico caso, es un experto técnico.

Obsérvese, cómo no se le dijo al auditor que interpretara qué es una bitácora, puesto que se supone que, por sus calidades técnicas, conoce este concepto técnico, lo que se le dijo es que, es de su cargo conceptuar cuál es la verdadera bitácora de Termocartagena y a fe que lo hizo pues dio fundadas, sólidas y coherentes razones para dictaminar que la bitácora que contenía la información más fiable era la registrada manualmente en los libros físicos; razones que, según se infiere de la consulta que elevó a la CREG, ya se vislumbraban, porque las pruebas de confrontación que había practicado le indicaban que la verificación debía hacerse con la bitácora registrada en estos libros físicos.

Nada delegó la CREG en el auditor, lo que hizo fue recordarle sus funciones, cuidándose de preservar la autonomía e independencia técnica propia de la labor de auditoría.

2  
MDD

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

2.3. En cuanto a los argumentos relacionados con la falta de competencia de la CREG

2.3.2. En cuanto a la ausencia de autorización legal, directa y expresa, que faculte a la CREG para delegar en XM el cobro judicial de las sumas objeto de devolución

Como en el punto No. 1 de esta parte motiva bajo el título de "Análisis de la solicitud de nulidad" ya se expusieron las razones por las cuales se procederá a revocar el parágrafo del artículo 5 de la Resolución CREG 050 de 2006, que contiene la orden a XM de iniciar y llevar a cabo todas las gestiones y acciones judiciales, necesarias para obtener las devoluciones ordenadas en el artículo 4 de la referida resolución, por sustracción de materia no se hace necesario analizar este cargo.

2.3.3. En cuanto a la falta de competencia de la CREG para imponer sanciones

Dice en este cargo el recurrente que la CREG para desvirtuar, eludir y desviar la discusión sobre su falta de competencia para imponer sanciones, con fundamento en el numeral 10.5 del artículo 10 de la Resolución CREG 116 de 1996, modificada por el artículo 1 de la Resolución CREG 083 de 2000, argumenta que los pagos por concepto de cargo por capacidad están sometidos a una condición resolutoria, "*consistente en que si mediante acto administrativo en firme se determina la existencia de las referidas discrepancias, por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG, los pagos hechos sobre el correspondiente período, se tendrán como pago de lo no debido.*" Agrega que en la medida en que dicha condición resolutoria consistente en el cumplimiento en un hecho futuro e incierto, depende de la mera potestad o voluntad de la CREG (asimilándola a la persona que se obliga) la misma resulta nula en virtud de lo dispuesto por el artículo 1535 del Código Civil y por lo tanto se deberá entender como una verdadera sanción la disposición de la CREG que establece como cero (0) el valor a distribuir de cargo por capacidad cuando se haya determinado la existencia de discrepancias entre los parámetros declarados y los verificados por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG y que la CREG carece de competencia expresa y directa para imponer sanciones.

Este cargo parece más una acusación en contra de la CREG que la defensa de Termocartagena. Según el recurrente, la CREG para sancionarlo y desvirtuar, eludir y desviar la discusión sobre la materia, ha echado mano del argumento de que los pagos del cargo por capacidad están sometidos a condición resolutoria.

Sin embargo, olvida el recurrente que, es una disposición general impersonal y abstracta la que regula la condición resolutoria a que están sometidos los pagos por concepto de cargo por capacidad (el Artículo 10 numeral 10.5 de la Resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el Artículo 1o. de la Resolución CREG-083 de 2000) y que esa disposición es, no solo antecedente a la presente actuación administrativa sino a la declaración por Termocartagena del

JRF

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

parámetro IH y, por ende, forma parte de las condiciones con que se otorga la remuneración de cargo por capacidad, es decir, se trata de las disposiciones regulatorias que reglan el otorgamiento del cargo por capacidad, cuya legalidad se presume y, como consecuencia, no fue puesta en vigencia para perseguir a Termocartagena.

Olvida también el recurrente que la multimillonaria remuneración del cargo por capacidad no es una graciosa dádiva que nazca de la pura liberalidad de los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica hacia los agentes generadores, sino que supone obligaciones a cargo de éstos, entre ellas, la de declarar los reales parámetros de la planta para que la remuneración que reciben corresponda a la verdadera disponibilidad de la planta, es decir, que si su indisponibilidad real es del 77.38%, no existe causa para que los usuarios le estén remunerando una disponibilidad del 90% y por ello, es razonable y legítimo que la remuneración recibida esté sujeta a la comprobación de su verdadera disponibilidad.

Al margen de lo anterior vale observar que la condición resolutoria regulada por el artículo 10 numeral 10.5 de la Resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el Artículo 1o. de la Resolución CREG-083 de 2000, no está dentro de los supuestos de hecho del artículo 1535 del Código Civil y, como consecuencia, no le es aplicable el efecto por él previsto. Dice textualmente el inciso 1 del citado artículo, lo siguiente:

*“Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.”*

Resulta que:

- La CREG no es la persona que se obliga al pago del cargo por capacidad. Quien está obligada a dicho pago es la demanda, esto es, los usuarios del servicio que pagan por la disponibilidad de las plantas de generación en los términos del Anexo 2 de la resolución CREG 116 de 1996.
- La facultad de definir con carácter obligatorio si existe una discrepancia en la declaración de parámetros para el cálculo del cargo por capacidad, no es potestativa ni depende de la mera voluntad de la CREG. Se trata de una facultad absolutamente reglada que obliga a esta entidad a adelantar una actuación administrativa, previo agotamiento de un proceso de verificación, dentro de la cual y solo en el supuesto de que resulte probada la discrepancia, se declara como tal con las consiguientes consecuencias.
- En el hipotético caso de que la CREG fuese la obligada y tuviese la facultad potestativa de declarar el cumplimiento de la obligación, lo que sería nula, al tenor de la citada disposición, no es propiamente la condición, sino la obligación, en este caso, de pagar el cargo por capacidad.

7/11/07

F

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- Pero si, aún obviando las anteriores consideraciones, se llevara la condición resolutoria a que expresamente sometió la resolución CREG-083 de 2000 el pago de los cargos por capacidad, al campo de los hechos futuros e inciertos que dependen de la voluntad del deudor, como lo sugiere el recurrente, se encuentra que éste desconoce la clasificación que tiene establecida la doctrina y la jurisprudencia, que distingue tales condiciones entre puramente potestativas, que dependen de la mera voluntad o querer del deudor (v.g., si quiero le quito lo pagado), y las simplemente potestativas, que si bien dependen de la voluntad del deudor están referidas a un hecho externo que no dependen enteramente de su voluntad.

La nulidad establecida expresamente en el citado artículo 1535 del Código Civil, se repite, está referida exclusivamente a las obligaciones sometidas a condiciones meramente potestativas<sup>26</sup> y no a las condiciones resolutorias como la establecida en la Resolución CREG-083 de 2000, que ni depende meramente de la voluntad de la CREG, ni se trata de una condición que afecta una obligación en que la CREG sea deudor.

En tanto la condición resolutoria, expresa, a que están sometidos los pagos no depende enteramente de la voluntad del deudor, y aun menos de la CREG, yerra el recurrente, al calificar dicha condición resolutoria como meramente potestativa para, por esa vía, llevarla al ámbito de la nulidad prevista en el artículo 1535 del Código Civil, porque ni esta norma prevé la nulidad de la condición, ni la condición cuestionada es meramente potestativa del deudor.

Como se desprende de todo lo considerado, la CREG en la expedición de la Resolución CREG 050 de 2005, no ha obrado con desconocimiento de la ley ni de las garantías de Termocartagena sino que ha considerado las circunstancias de hecho y de derecho que atañen al caso y ha encontrado motivos reales, serios, adecuados y suficientes para tomar la decisión que tomó y como dichos motivos no han sido desvirtuados por el recurso, debe abstenerse de revocar la Resolución CREG 050 de 2006, salvo en lo relacionado con el parágrafo de su artículo 5.

Por las razones expuestas, se confirmará el acto recurrido.

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión del día 20 de marzo de 2007, acordó expedir esta resolución.

**RESUELVE:**

**Artículo 1º.** Negar la solicitud de nulidad de lo actuado.

<sup>26</sup> En este sentido la honorable Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación, en sentencia del 3 de julio de 1969

127

f

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

**Artículo 2°.** No reponer la resolución CREG-050 de 2006, por las razones expuestas en la parte motiva de este acto y, en consecuencia, confirmarla en todas sus partes, con excepción del párrafo de su artículo 5.

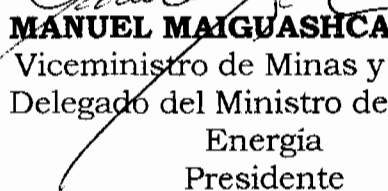
**Artículo 3°.** Revocar el párrafo del artículo 5 de la resolución CREG 050 de 2006.

**Artículo 4°.** La presente resolución deberá notificarse al representante legal o al apoderado de TERMOCARTAGENA S.A E.S.P, hoy VISTA CAPITAL S.A. Contra lo aquí dispuesto no procede recurso alguno en la vía gubernativa.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá, a los

7 MAR. 2007



**MANUEL MAIGUASHCA OLANO**  
Viceministro de Minas y Energía  
Delegado del Ministro de Minas y  
Energía  
Presidente



**CAMILO QUINTERO MONTAÑO**  
Director Ejecutivo

*J. M.*