



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 075 DE 2006

(03 OCT. 2006)

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por las leyes 142 y 143 de 1994, y los decretos 1524 y 2253 de 1994 y, previos los siguientes fundamentos de hecho y de derecho,

I. ANTECEDENTES:

1. 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.
2. Mediante la Resolución CREG-047 de 1999 se adicionó a la Resolución CREG-116 de 1996 un nuevo anexo, denominado "Anexo No. 4", el cual fue modificado por las Resoluciones CREG-059 de 1999, CREG-081 de 2000 y CREG-074 de 2002, en donde se definieron los formatos que deben ser diligenciados por los agentes y entregados a la CREG, antes del 10 de Noviembre de cada año, para el reporte de la información referente a los parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad.
3. En el Anexo no. 4 de la resolución CREG-116 de 1996 en la forma en que fue modificado por la Resolución CREG-074 de 2002, aparece el Formato A4.3 a través del cual se deben reportar los valores de los siguientes parámetros relativos a embalses: Volumen Mínimo Técnico, Volumen Máximo Técnico y Volumen de Embalse.
4. Mediante la resolución CREG-006 de 2001 se establecieron los mecanismos de verificación de la información sobre parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad, reportada por los agentes.
 - 4.1. En el Anexo general de esta resolución se estableció que los parámetros a verificar, son los siguientes: Capacidad Efectiva Neta Plantas/Unidades Hidráulicas, Capacidad Efectiva Neta Plantas/Unidades Térmicas, Factor de Conversión Plantas/Unidades Hidráulicas (Eficiencia), Consumo Térmico Específico Neto

7/100

5

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

Plantas/Unidades Térmicas (Eficiencia), Indisponibilidad Histórica
Plantas/Unidades Hidráulicas e Indisponibilidad Histórica
Plantas/Unidades Térmicas.

- 4.2. En el artículo 3 de la citada resolución se dispuso que el Consejo Nacional de Operación C.N.O debía acordar los protocolos de pruebas o recomendar los procedimientos adecuados para definir los valores de las variables que allí se detallan, así como su frecuencia de actualización. Entre las citadas variables se incluyeron el volumen mínimo técnico, el volumen máximo técnico y el volumen de espera..
5. En el Acuerdo No. 153 del 27 de julio de 2001, el C.N.O aprobó los protocolos de pruebas o procedimientos para la estimación de las variables a que se refiere el artículo 3 de la Resolución CREG-006 de 2001, incluidos el "Volumen Mínimo Técnico" y el "Volumen Máximo Técnico" (Anexos 2 y 3).
6. La empresa CHIVOR S.A E.S.P, en adelante CHIVOR, declaró los parámetros para la corrida del Cargo por Capacidad periodo 2004 - 2005 mediante comunicación con radicación CREG No. E-2004-009023 del 8 de noviembre de 2004. (Fols. Nos. 527 y siguientes del expediente)
7. La empresa URRA S.A E.S.P, en adelante URRA, mediante comunicación con radicación CREG E-2005-000200 del 11 de enero de 2005 (literal I. numeral I, Pags.18 y 19), solicitó a la CREG proceder a tomar las acciones pertinentes u oficiar a la autoridad competente para que inicie la correspondiente investigación, considerando que existió una manifiesta vulneración del Acuerdo 153 de 2001 del C.N.O, por parte de la empresa CHIVOR consistente en que esta empresa modificó unos parámetros técnicos relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda del Cargo por Capacidad correspondiente al periodo 2004-2005, sin haber enviado al C.N.O previamente, los procedimientos y protocolos de pruebas con sus correspondientes estudios fundamento de los cambios, tal como lo exige el acuerdo 153 de 2001, pues solo fueron presentados el 23 de noviembre de 2003 ante el Subcomité Hidrológico y de Plantas Hidráulicas;
8. La CREG mediante oficio con radicación S-2005-001233 del 18 de abril de 2005, concedió a CHIVOR el término de cinco (5) días para pronunciarse sobre la referida solicitud de URRA.
9. En respuesta al citado oficio, CHIVOR presentó un memorial con radicación CREG E-2005-003208 del 26 de abril de 2005, donde presenta argumentos de defensa en relación con lo manifestado por URRA.
10. **Inicio de la Actuación Administrativa:** Mediante auto del 30 de agosto de 2005, la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, a través de su Director Ejecutivo dio inicio a la presente actuación administrativa con el objeto de establecer si deben modificarse los parámetros relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda de CHIVOR y, como consecuencia, si debe ordenarse una nueva corrida del modelo de largo plazo que sirvió para el cálculo de la Capacidad Remunerable Teórica del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad correspondiente al

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

periodo 2004-2005 y proceder a efectuar las reliquidaciones y refacturaciones que sean del caso. En el mismo auto se dispuso comunicar el inicio de esta actuación y citar a todas las empresas generadoras que participaron en la corrida del modelo de largo plazo que sirvió para el cálculo de la Capacidad Remunerable Teórica del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad correspondiente al periodo 2004 - 2005 de conformidad con lo previsto en el art. 14 del C.C.A.

11. En desarrollo de la actuación a que dio lugar el mencionado acto, se puso en conocimiento de la empresa interesada, esto es, de la empresa CHIVOR, el auto de iniciación de la actuación administrativa, la comunicación de URR y se le dio oportunidad para que ejerciera su derecho de defensa.
12. **Defensa de CHIVOR:** La empresa CHIVOR, mediante memorial con radicación CREG E-2005-007205 (Fol. 354), manifestó en su defensa:

"I. ARGUMENTOS

1 DEBIDO PROCESO

Como se señaló en el oficio del día 26 de abril de 2005, mediante el cual ésta empresa respondió la averiguación inicial desarrollada por el ente regulador, para que una entidad administrativa pueda ejercer una función sancionatoria, es preciso que se sujete a distintos pasos y procedimientos a fin de determinar la responsabilidad de un administrado por la violación de una obligación administrativa, lo anterior se conoce como Debido Proceso.

Ahora bien, tenemos que el Debido Proceso se divide en dos clases de aspectos íntimamente relacionados entre ellos mismos, como son los teleológicos (principios) y los formales (respeto a los procedimientos).

Donde tenemos que respecto de los principios del derecho administrativo sancionatorio se presenta una condición mutatis mutandi respecto del derecho penal, tal como lo ha reconocido en distintas oportunidades la corte constitucional¹.

A pesar de lo anterior, tenemos en sentencia de 28 de noviembre de 1997, el Consejo de estado, sostuvo que:

"... 2. Aplicación de las normas penales a los casos del derecho administrativo sancionador. Es ya reiterada la jurisprudencia de esta Superioridad en el sentido de excluir del derecho sancionatorio la normatividad y por ende la metodología penal. Es claro que el Derecho Administrativo es independiente respecto de aquél, aún en su aspecto sancionatorio, dada la existencia de una normatividad regulada por principios propios, autónomos, que consultan unas finalidades y procedimientos muy distintos a los del derecho penal. Este según la dogmática, escoge institutos jurídicos que considera dignos de tutela, por los mas variados motivos, aún de índole moral y supone que al imputar una sanción de tipo penal (prisión, arresto, multa, etc.) a las conductas que puedan poner en peligro y afectar tales institutos, los protege de dichos ataques, dado el desestímulo que ello implica para el potencial sujeto activo del hecho punible. El Derecho Administrativo sancionatorio, por el contrario, tiene finalidades propias, que en el campo económico consultan como se dijo, el orden público económico y por lo mismo utiliza mecanismos para hacer cumplir sus preceptos que en general tienen que ver con sanciones de índole patrimonial";

Manifestando sin embargo que:

¹ "La mencionada Corporación ha reiterado esta situación en diversas sentencias dentro de las (sic) citamos solamente a manera de ejemplo las siguientes: Sentencias. C-195/93, C-280/96, C-306/96, entre otras."

2 YMD

f

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

"No se quiere decir que no existan en común, eventualmente, algunas notas características de ciertos principios, ejemplo de lo cual pueden ser los principios orientadores definidos en el artículo 3 C.C.A., entre los cuales está el de contradicción, ligado estrechamente al derecho de defensa, tanto como que es su reflejo en materia administrativa, pero una cosa es advertir tal similitud y otra pretender, a raíz de ella, la plena intromisión de la metodología, técnica y aún la normatividad penal en el campo administrativo."

Así las cosas, al existir esta situación es claro que la labor del juzgador debe considerar diferentes aspectos antes de establecer la existencia de una trasgresión normativa para poder imponer una sanción al administrado, lo que nos indica "que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal"².

"Dentro de estos aspectos, encontramos entre otros la identificación típica de la conducta, situación que es común en ambos derechos, la calificación de la antijuridicidad de la conducta, siendo aplicable para el caso del derecho administrativo sancionador, no las causales de antijuridicidad, sino la revisión del daño efectivo, a través del principio de proporcionalidad respecto de la sanción y la posible existencia de causales propias del derecho administrativo sancionador de hechos que determine que la conducta no afecta el normas desarrollo social, así mismo debemos considerar respecto del caso que nos ocupa un análisis de la conducta del agente, aplicándose para el mismo no un análisis específico del dolo, sino de la efectiva intención dañosa por parte de mi representada en el desarrollo de su conducta.

Una vez determinados estos aspectos de manera efectiva, se puede proceder a la sanción y la falta de cualquiera de los mismos, salvo si la Ley lo permite³, implica la imposibilidad de imponer una sanción.

Por lo cual mediante el presente escrito nos permitimos entrar a examinar los aspectos antes señalados a fin de demostrar que no ha existido ninguna clase de trasgresión normativa por parte de mi representada.

2 TIPICIDAD DE LA CONDUCTA.

2.1 INDEBIDA TIPIFICACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD.

Encontramos que el Debido Proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución consagra, entre las garantías sustanciales y procesales que lo integran, el principio de legalidad⁴, en virtud del cual es el legislador quien determina las conductas o comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos merecedores de protección son reprochables y, por lo tanto, objeto de sanciones. Es decir, que es función del legislador dentro de las competencias que se

² Sentencia C-827 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis

³ "Esto se observa en actuaciones en las cuales existe responsabilidad objetiva."

⁴ "El principio de legalidad que rige tanto las actuaciones judiciales como las administrativas, está integrado, a su vez, por otros dos principios: el de reserva legal y el de tipicidad. De conformidad con el primero sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella. esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición. Así las cosas, "el principio de reserva legal, implica en el Estado democrático de derecho, que él único facultado para producir normas de carácter penal es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en él se radica la representación popular, la cual es esencial en la elaboración de todas las leyes, pero muy especialmente en las de carácter penal". Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-921 del 29 de agosto de 2001, Expediente D-3428. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

le han asignado para la conformación de la norma jurídica fijar o describir, en forma abstracta y objetiva, la conducta constitutiva de la infracción penal o disciplinaria y señalar la correspondiente sanción.

El referido principio, que prefigura la infracción y la sanción, tiene un desarrollo específico en la tipicidad. Al paso que aquél demanda imperativamente la determinación normativa de las conductas que se consideran reprochables o ilícitas; el principio de tipicidad exige la concreción de la correspondiente prescripción, en el sentido de que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de éstos, o sea las sanciones⁵. De esta manera, la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica⁶.

Ahora bien, esta situación no solamente se da con las normas legales sino que igualmente la encontramos con aquellas normas generales expedidas por la administración que al ser trasgredidas por los administrados los pueden conducir a una sanción.

De esta manera encontramos que el primer elemento que debemos estudiar, en caso de una posible infracción por parte de un administrado, es la tipicidad de su conducta; en otras palabras se debe establecer si existe una norma que imponga una sanción cuando se realiza una conducta específica.

Dentro del Auto de Iniciación de Actuación Administrativa no se señala de manera clara qué norma fue la violada, se limita a indicar el Anexo 4 de la Resolución CREG-116 DE 1996, en la forma en quedó modificada por la Resolución CREG-074 de 2002 y al Acuerdo 153 expedido por el Consejo Nacional de Operación.

Lo anterior necesariamente degenera en la nulidad de las actuaciones desarrolladas puesto que se ha violado uno de los principales derechos en cabeza del investigado que es el de conocer claramente los cargos sobre los cuales es investigado, lo que se conoce como la *lex certa*, porque no basta que se aluda una posible infracción, sino que la misma debe ser precisada con claridad por parte del ente investigador desde el inicio de la investigación, o por lo menos ser indicativa respecto del posible tipo violado, teniendo en cuenta que esta es una garantía necesaria para el derecho de defensa del encartado. La inexistencia de la tipificación de la falta cometida desvirtúa la certeza jurídica y la predicción razonable sobre el supuesto actuar contrario a la ley.

2.2 INTERPRETACIÓN DE LOS CARGOS EXISTENTES

Ahora bien, en la medida en que no se especifica cuál o cuáles de las disposiciones del Acuerdo 153 del CNO y/o del Anexo 4 de la Resolución CREG-116 de 1996, modificado por la Resolución CREG-074 de 2002 han sido vulneradas, debemos tratar de dilucidar cuál es la supuesta falta cometida.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que con relación a la Resolución CREG-047 de

⁵ "El principio de tipicidad a través del cual se garantiza la seguridad jurídica a los administrados se cumple en la medida en que el legislador defina los aspectos esenciales de la norma sancionatoria, es decir, que sea éste el que defina el sujeto activo, describa nitidamente la conducta y defina la sanción." Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de mayo de 2004, Radicación No. 1.564. Magistrado Ponente Susana Montes de Echeverri.

⁶ "La suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta. A la vista de la norma debe saber el ciudadano que su conducta constituye infracción, y, además, debe conocer también cuál es la respuesta punitiva que a tal infracción depara el Ordenamiento, O dicho con otras palabras: la tipificación es suficiente cuando cansía en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, efe la sanción y efe la correlación entre la una y la otra." Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. Madrid. 1994. Pág.293. ~ Uribe, Restrepo. Luis Fernando. Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación. Editorial Temis. Pág. 17

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

1999 que adicionó la Resolución CREG-116 de 1996 un nuevo anexo, denominado "Anexo No. 4", modificado inicialmente por la Resolución CREG-059 de 1999, posteriormente por la Resolución CREG -081 de 2000 y, finalmente la Resolución CREG074 de 2002, en la cual se impone como obligación que los formatos establecidos en el Anexo No. 4, de la Resolución CREG-116 de 1996, que deben ser diligenciados por los agentes y entregados a la Comisión de Regulación de Energía y Gas —CREG—, antes del 10 de Noviembre de cada año, para el reporte de la información referente a los parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad, la Empresa cumplió con su deber de acuerdo con lo exigido por la regulación.

El segundo punto que debemos analizar es lo referente con el Acuerdo No. 153, de Julio 27 de 2001, que fue expedido por el Consejo Nacional de Operación por solicitud expresa de la resolución CREG 006 de 2001, en la cual se solicitó que "...el Consejo Nacional de Operación acordará los protocolos o recomendará los procedimientos adecuados para definir los valores de las siguientes variables asociadas a Centrales Hidráulicas: Capacidad Efectiva Neta, Volumen Mínimo Técnico, Volumen Máximo Técnico,...", con el fin de establecer una forma estandarizada del cálculo de los mismos.

Sin embargo, el Acuerdo 153 de 2001 en ningún caso especifica que luego de desarrollar los protocolos y procedimientos de que trata éste, los resultados emanados deben ser presentados para la aprobación por parte del Consejo Nacional de Operación antes de ser enviados a la CREG para la corrida del Cargo por Capacidad respectivo.

En ese orden de ideas, las supuestas inconsistencias informadas a Ustedes por URRRA S.A. E.S.P. y referidas en el auto de la referencia⁷ no tienen sustento jurídico.

A pesar de lo anterior, tenemos que el Auto de Iniciación de la Actuación Administrativa se refiere de manera general a la modificación de los parámetros técnicos a partir de las batimetrías. Estos parámetros se describen en los anexos No. 2 (Volumen Mínimo Técnico), No. 3 (Volumen Máximo Técnico) y en consideración a los anteriores el Volumen Útil, tratado en el anexo No. 3 ya referido, del Acuerdo No 153 del Consejo Nacional de Operación.

Por lo cual en el caso en que existiera, la supuesta violación no podría darse sino por el incumplimiento a lo normado en el artículo 3 del mencionado Acuerdo No 153, el cual señala lo siguiente:

"TERCERO: Cada empresa debe definir e informar al CNO su cronograma de ejecución de los protocolos y procedimientos de que trata el presente Acuerdo, de tal manera que cumpla con la fecha vigente que reglamenta la declaración de variables para el Cargo por Capacidad."

Este artículo nos indica que para hacer efectivo un cambio de parámetros existe una obligación de hacer por cada empresa, tipificándose la conducta de manera negativa, es decir, con la omisión en la definición e información al CNO del cronograma de ejecución de protocolos y procedimientos para efectos de realizar estos cambios.

Adicionalmente, de acuerdo con el Acuerdo No 153, cada uno de procedimientos y protocolos mencionados en el artículo anteriormente citado tiene unas normas propias. Resulta entonces necesario precisar cada una de estas normas a fin de establecer si la conducta es típica o no.

2.2.1 RESPECTO DEL VOLUMEN MÍNIMO TÉCNICO

El Anexo No 2 "Volumen Mínimo Técnico" del Acuerdo No. 153, del Consejo Nacional de Operación, incluye únicamente las siguientes obligaciones de reporte de información al Consejo Nacional de Operación:

⁷ "CHIVOR S.A. E.S.P. modificó unos parámetros técnicos relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda del Cargo por Capacidad correspondiente al periodo 2004-2005, sin haber enviado al C.N.O. previamente, los procedimientos y protocolos de pruebas con sus correspondientes estudios fundamento de los cambios, tal como lo exige el acuerdo 153 de 2001, pues solo fueron presentados el 23 de noviembre de 2003 ante el Subcomité Hidrológico y de Plantas Hidráulicas."

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

(1) **"3 Frecuencia de actualización"**

Cada vez que se efectúe una nueva batimetría y se reporte una nueva curva de volumen en función de la cota para el embalse, se debe calcular este parámetro. Sin embargo, el agente podrá actualizar el valor del volumen mínimo técnico del embalse cuando considere que nuevas condiciones así lo ameriten, para lo cual deberá seguir el procedimiento que defina el C.N.Q." (Subrayado fuera de texto)

Una vez estudiado el anterior aparte encontramos que el mismo se refiere a dos obligaciones distintas con relación a la frecuencia de actualización de la información (i) la realización de la batimetría la cual no es objeto de aprobación por parte del Consejo Nacional de Operación y su procedimiento no está regulado y (ii) la actualización del valor del volumen mínimo técnico del embalse cuando considere que nuevas condiciones así lo ameriten, para lo cual deberá seguir el procedimiento que defina el Consejo Nacional de Operación. Es únicamente en éste último caso cuando el agente debe establecer el cronograma a seguir, en concordancia con el artículo tercero del mencionado Acuerdo.

(2) *Así mismo encontramos dentro del mencionado anexo, la siguiente otra obligación de reporte al Consejo Nacional de Operación:*

"Criterio hidráulico: Cada agente deberá definir y sustentar ante el CNO el parámetro de la sumergencia crítica (S) que mejor se adapte a la configuración de la bocatoma mediante la aplicación de formulas hidráulicas apropiadas para cada caso particular"

Lo que nos indica que la anterior obligación de reporte ante el CNO se da cuando se modifica el criterio hidráulico mediante el cual se determina la configuración de la bocatoma.

En consecuencia, la conducta se tipifica sólo si:

- (1) *Se modifica el parámetro a través del protocolo sin que exista una nueva batimetría (o sea que se modifiquen los criterios para el cálculo del nivel de sumergencia y en consecuencia el nivel mínimo técnico) y (ii) no se informe de esto al Consejo.*
- (2) *O bien (i) se modifica el criterio hidráulico y (ii) no se definen y sustentan las razones de la modificación ante el Consejo.*

En efecto, no es posible ni coherente desligar la interpretación del Acuerdo No. 153 de 2001 expedido por parte el (sic) Consejo Nacional de Operación de sus Anexos, los cuales pretenden precisamente regular y especificar el alcance del mismo. En particular, no pueden interpretarse por separado (i) el artículo tercero del Acuerdo 153 del (ii) Anexo 2 del mismo que regula el "volumen Mínimo Técnico".

En ese orden de ideas, es claro que las obligaciones de reporte del volumen mínimo técnico surgen únicamente, cuando éste se actualice por cambios en la condición del embalse o cuando se modifique el criterio hidráulico.

Es necesario tener en cuenta que en este caso en particular, se supone que de acuerdo con las inconsistencias reportadas por URRRA, se está investigando a la Empresa por la actualización del parámetro, más exactamente las pruebas de batimetría, que son ordenadas por el Acuerdo No. 105, del 22 de Noviembre de 2000, complementado por el Acuerdo No. 249, del 24 de Octubre de 2002, la cual establece que todos los embalses deben realizar pruebas o mediciones de batimetría cada siete (7) años, contados a partir de la última efectuada.

La última batimetría efectuada al Embalse La Esmeralda es del año 1997; por consiguiente, y en cumplimiento de los Acuerdos antes mencionados, CHIVOR S.A. E.S.P. practicó, en el año 2004, las pruebas de batimetría.

JMS

S

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

Es de resaltar que la realización de una batimetría, de acuerdo con el Acuerdo No. 153 y su anexo, no requiere de la aprobación del protocolo para la práctica de la misma. Por el contrario, establece que si de la elaboración de este estudio técnico se concluye que se requiere una nueva curva de volumen, el parámetro⁸ debe modificarse y no se menciona en ese artículo ni en ningún anexo del Acuerdo la necesidad de cumplir con una obligación de información al Consejo Nacional de Operación.

De esta manera encontramos que la posible conducta investigada por parte de la autoridad administrativa en lo que respecta al Anexo No. 2 del Acuerdo 153 es totalmente atípica.

2.2.2 RESPECTO DEL VOLUMEN MAXIMO TÉCNICO

Ahora bien tenemos que el Anexo No, 3, del Acuerdo 153 determinan el "Volumen Máximo Técnico", señalando que:

"3. Frecuencia de actualización

Cada vez que se efectúe una nueva batimetría y se reporte una nueva curva de volumen en función de la cota para el embalse, se debe calcular este parámetro.

Como se puede observar no establece el deber de informar al Consejo Nacional de Operación, la realización de la batimetría, por el contrario señala, como en el anterior caso, que cuando se efectúe la misma y ésta de cómo resultado una nueva curva de volumen, se obliga a la modificación del parámetro.

Así mismo, como se observa de la lectura del mencionado anexo no hay condición alguna que sea de su naturaleza reportable ante el Consejo Nacional de Operación, por lo cual se establece que al no existir esta obligación es claro que la conducta es atípica.

Así las cosas, para que el reporte sea efectivo es necesario, única y exclusivamente, que se realice la batimetría, sin que exista el desarrollo del protocolo.

2.3 CARACTERÍSTICAS FÁCTICAS Y NORMATIVAS QUE DETERMINAN LA NO NECESIDAD DE REPORTE DE LA REALIZACIÓN DE UNA NUEVA BATIMETRÍA.

La batimetría es la técnica asociada a la obtención de valores de profundidad del agua, volúmenes de sedimento que han entrado al embalse y consecuentemente los volúmenes reales para almacenar el agua. Esta se determina en virtud de estudios técnicos que se basan en diferentes metodologías.

No obstante, a pesar de existir distintas metodologías para establecer la profundidad de un lecho, la aplicación de cada una de éstas debe arrojar resultados similares.

Lo anterior explica la razón por la cual no resulta lógico tener que informar al Consejo Nacional de Operación qué clase de mecanismos o procedimientos se utilizan para realizar una batimetría.

Y es por lo mismo que el Acuerdo No. 153 de 2001 del Consejo Nacional de Operación sólo exige que los parámetros o variables de las centrales hidráulicas de que trata sean calculados de acuerdo con unos criterios técnicos específicos en cuanto a la metodología o procedimiento de cálculo y con una frecuencia de actualización indicada.

Tal y como ya se había enunciado en el numeral 2.2.1, la obligación de practicar las batimetrías se encuentra consagrada en los Acuerdos No 105 y 249 del Consejo Nacional de Operación, en los cuales se fija la frecuencia para la realización de las mismas, que es una vez cada siete años.

⁸ "Cada vez que se efectúe una nueva batimetría y se reporte una nueva curva de volumen en función de la cota para el embalse, se debe calcular este parámetro. "Anexo No. 2 del Acuerdo No. 153 del Consejo Nacional de Operación.

X

S

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

Así las cosas, son estos Acuerdos los que obligan efectivamente a la realización de estas pruebas y solamente establecen la periodicidad de las mismas, sin que se requiera ninguna clase de permiso u autorización que deba ser otorgada por el Consejo Nacional de Operación.

De esta manera tenemos que la Empresa debía realizar, en el año 2004, la correspondiente batimetría con el fin de cumplir las normas establecidas, sin que necesitara otra clase de permiso para esto.

Adicionalmente, el Acuerdo No. 49 de 2000 es muy claro al establecer que "(...) Los parámetros declarados por los agentes para el cálculo del Cargo por Capacidad según lo establecido en las Resoluciones CREG 047 y 059 de 1999 no seguirán el procedimiento establecido en el Acuerdo 18 del CON (sic) (...)". Por consiguiente, la Empresa no estaba en la obligación de informar o reportar al Consejo Nacional de Operación el cambio de los parámetros técnicos de cualquier equipo del Sistema Interconectado Nacional que tuviera incidencia en los modelos utilizados por el CND, tal y como lo ordena el mencionado Acuerdo No. 18, de abril 22 de 1999, el cual fue remplazado por el Acuerdo 84 de septiembre 7 de 2000, y que no contradice en nada el Acuerdo No. 49 de 2000.

2.4 DE LA CONDUCTA DESARROLLADA POR CHIVOR S.A. E.S.P.

Ahora bien, tal y como se indicó en la comunicación del 26 de abril de 2005, presentada a esa Entidad, la Empresa informó al Consejo Nacional de Operación mediante comunicación No. EDP-017-172-2001, en noviembre de 2001 (anexa), el cronograma para la ejecución de los protocolos y procedimientos con el fin de dar cumplimiento con el Acuerdo No 153.

En otras palabras, estableció el momento en el cual se ejecutarían aquellos protocolos, en los cuales era necesario un procedimiento específico a reportar, como lo indica el Acuerdo No 153.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, muchos de estos parámetros se modifican periódicamente sin necesidad de la ejecución de protocolo alguno requiriendo, única y exclusivamente, la actualización de una medida.

Es necesario tener en cuenta que para el año 2004 se cumplía el plazo para que CHIVOR realizara una nueva batimetría, de acuerdo con las normas antes mencionadas; en consecuencia la Empresa procedió a realizar el estudio técnico correspondiente.

Adicionalmente, resaltamos que la Empresa cumplió dentro de los plazos establecidos por la regulación vigente, con la actualización anual de los parámetros reportados a la CREG para el cálculo del cargo por capacidad 2004-2005 y, consecuentemente, se actualizó el volumen mínimo técnico y el volumen máximo técnico de acuerdo con los resultados obtenidos de la batimetría mencionada.

En ese orden de ideas, la realización de la nueva batimetría cuya vigencia expiraba en el año de 2004, la cual debió practicarse cuando el embalse estaba totalmente lleno, que se realizó entre septiembre y octubre de 2004 y cuyos resultados fueron recibidos, oficialmente, por la Empresa el día 19 de noviembre de 2004, pero para el reporte a la CREG para el cálculo del cargo por capacidad, nos entregaron estos datos en los primeros días del mes de noviembre. La actualización anual de los parámetros reportados a la CREG para el cálculo del cargo por capacidad 2004-2005 se llevaron a cabo por CHIVOR coincidentalmente entre los meses de octubre y noviembre de 2004. Como se ha explicado, en el primer caso no existía para CHIVOR la obligación de reportar la modificación del parámetro al Consejo Nacional de Operación, en el segundo caso sí existía el deber reportar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas y se hizo debidamente el ocho (8) de noviembre del mismo año.

En consecuencia la conducta señalada, en el Auto de Iniciación de la Actuación Administrativa, es absolutamente atípica y por lo tanto no puede ser sancionada por parte del ente administrativo.

7/180

S

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

3 LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA VISTA A TRAVÉS DEL CRITERIO DE LA PROPORCIONALIDAD.

3.1 EL DAÑO EFECTIVO COMO ELEMENTO ANTIJURIDICO EN MATERIA ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA.

En este punto nos encontramos frente a la necesidad de establecer si la conducta realizada, por parte de mi representada, causó una afectación real a un bien jurídicamente tutelable, lo cual como se señaló anteriormente se liga en el derecho administrativo sancionador al principio de proporcionalidad⁹, es decir que la sanción debe ser ajustada al daño efectivamente causado por parte del agente.

Donde tenemos que la consagración de este concepto es consecuente con la noción del derecho punitivo de acto o de hecho y con el principio de la antijuridicidad material. Según este principio, se hace necesario que la conducta punible además de contradecir el orden legal cause un daño efectivo al bien jurídicamente tutelado, con la lesión o puesta en peligro de dicho bien, siempre y cuando la vulneración tenga significación social, como se señala en el aforismo romano "nullum crimen sine iniuria" pues no es suficiente para la punibilidad la simple contradicción formal entre la conducta y las normas positivas (antijuridicidad formal) sino que es necesaria, además, la lesividad de la conducta respecto de bienes jurídicos (antijuridicidad material)

Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso', deducido por la jurisprudencia de los artículos 10 (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 20 (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 50 (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 60 (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).

Según este principio la actuación del Estado debe buscar el reproche únicamente de las acciones que generen un efectivo detrimento de los bienes protegidos por su función, tal como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 1993, en la cual menciona que:

"Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional. La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (CP art. 6.), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva. Esto se desprende de la razón de ser de las propias autoridades, a saber, la de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (CP art. 2). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución. Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa." (Subrayados fuera de texto)

De la misma manera tenemos que la aplicación de este principio, nos indica que el Estado igualmente en cumplimiento de los principios de eficiencia, celeridad y economía procesal, no

⁹ "el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto " Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-564 del 17 de mayo de 2000. Magistrado Ponente Alfredo Sierra."

7/1180

9

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

debe entrar a efectuar el reproche de conductas que no implican una afectación real de los bienes protegidos por la norma.

3.2 CAUSAL EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD.

Reflejo del mencionado principio lo encontramos claramente en la Resolución CREG No 06 del 6 de febrero de 2001, que establece:

"Criterios para la verificación de los parámetros

Las holguras y márgenes de error que se definen buscan garantizar que aquellos valores declarados por el agente, con discrepancias que conlleven a la asignación de una menor CRT no sean considerados como discrepancias." (Subrayado fuera de texto)

Esto significa que en el evento, en que se llegare a demostrar, que si hubo un error en la declaración del parámetro a reportar a efectos del cargo por capacidad, y éste afecta al agente y no al mercado, no se procede con ninguna clase de sanción respecto del inicial, puesto que es claro que el error solamente perjudica al inicial que presentó mal el reporte y no tiene efectos respecto de los demás, quienes se benefician por el error.

Así las cosas tenemos que en caso de que la entidad considere que la conducta se ajustó a la tipicidad de la misma, aunque como lo demostramos no se ajustó, tendría que entrar a examinar si efectivamente se realizó un daño específico, ya que las normas analizadas traen una causal expresa eximente de responsabilidad, la cual al existir debe ser aplicada por parte del juzgador.

Por lo tanto, es claro que no puede existir sanción si se comprueba que el supuesto error en la declaratoria de los parámetros de cargo por capacidad, conllevan necesariamente a una asignación menor de CRT, como lo señala la norma antes citada.

3.3 DE LA CONDUCTA IMPUTADA A CHIVOR.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el reporte presentado, que es el real, en vez de mejorar la condición de la empresa respecto del cálculo del cargo por capacidad, la desmejoraba porque del análisis del mismo se desprende que, al disminuir tanto el volumen mínimo como el volumen máximo, el volumen útil del embalse se decrece, por consiguiente se reducen las condiciones del embalse para generar, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

V. Mínimo Técnico		V. Máximo Técnico		V. Útil	
(Mm ³)		(Mm ³)		(Mm ³)	
2003	2004	2003	2004	2003	2004
26,73	26,04	617,73	608,38	591	582,34

Tabla No. 1 Comparación de los volúmenes vigentes hasta el 2004 con los datos actualizados en noviembre de 2004 del Embalse La Esmeralda. CHIVOR S.A. E.S.P.

De esta manera encontramos que con el reporte realizado afectó de manera negativa la posibilidad de obtener un mayor cargo por capacidad, porque al disminuir los parámetros antes señalados, se evidencia una menor capacidad de utilización del embalse, aspecto que es determinante para realizar el cálculo del cargo por capacidad.

En consecuencia, es claro que la empresa al modificar los parámetros no tuvo intención causar daño, simplemente cumplió con su deber de presentar los datos correctos de su unidad de generación con el fin de que se realizará un eficiente planeamiento energético nacional.

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

Por lo anterior, es claro que se configura la causal eximente de responsabilidad, sin que se pueda pretender de alguna manera imponer una sanción puesto que se estaría violando la norma expresa que señala que si el parámetro determina una asignación menor del CRT, no se entenderá discrepancia respecto del mismo.

4 LA INTENCIÓN LESIVA DE LA SUPUESTA CONDUCTA DESARROLLADA POR CHIVOR.

Encontramos que además de los elementos anteriores, los cuales determinan la no responsabilidad de la Empresa respecto del cargo, es procedente, para el caso específico, entrar a estudiar uno final que es la intención lesiva del agente.

En este punto encontramos que la Empresa en ningún momento actuó con la finalidad de afectar el sistema y, por el contrario, desarrolló su conducta de manera correcta, puesto que informó una condición real a efectos de que se realizara el cálculo del cargo por capacidad.

La Empresa en ningún momento actuó con la finalidad de afectar el sistema y, por el contrario, desarrolló su conducta de manera correcta, puesto que informó una condición real a efectos de que se realizara el cálculo del cargo por capacidad.

Donde tenemos que una de las obligaciones principales por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios es la de reportar de manera celera, eficaz y veraz la información que soliciten las autoridades administrativas como la CREG, así las cosas, el reporte realizado se hizo con ajuste a estos principios.

Revisemos que hubiera sucedido si CHIVOR hubiera reportado la información desactualizada, como lo pretende el denunciante, esta actuación hubiera afectado no solamente la "corrida" del cargo por capacidad (asignando un mayor valor a la empresa), sino que con ello se afectaría el planeamiento operativo del sistema¹⁰.

Debemos recordar que el Consejo Nacional de Operación ha señalado en diversas oportunidades que el momento para actualizar los parámetros referentes al planeamiento operativo del sistema que tienen relación con el cargo por capacidad, es cuando los agentes reportan la información a la CREG para el cálculo del mismo.

Así las cosas, si la Empresa no reportaba la modificación del parámetro estaba condenando al sistema a realizar un planeamiento con datos errados, lo cual claramente coloca en riesgo la seguridad del mismo.

Además, hubiera sido sencillo para CHIVOR, si se sigue la teoría del denunciante, no haber modificado el parámetro correspondiente al volumen de su embalse, teniendo en cuenta que con esto se obtendría un mayor cargo por capacidad, actuación que consideramos dolosa, ya que se estaría realizando la asignación con datos falsos.

Por lo anterior, es claro que no se puede hacer un reproche a la conducta realizada por CHIVOR S.A. E.S.P.

5 CONCLUSIÓN

De todo lo anterior se concluye:

- (i) CHIVOR realizó una nueva batimetría en el embalse de La Esmeralda, dando cumplimiento a los Acuerdos del CNO 105 y 249, que la obligaba porque se cumplían siete años desde la última realizada.

¹⁰ De acuerdo con el Código de Operación: "El planeamiento operativo se fundamenta en el siguiente principio:

o La planeación de la operación de los recursos disponibles de generación y transmisión debe hacerse en forma integrada, con el objetivo de minimizar los costos de operación del sistema, y procurando atender la demanda con los niveles de seguridad, confiabilidad y calidad del servicio definidos en este código."

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

- (ii) *CHIVOR no tenía obligación alguna de informar al CNO sobre los resultados de la batimetría realizada en 2004.*
- (iii) *Los cambios en la capacidad del embalse tuvieron como efecto cambios en parámetros que se utilizan para el cálculo del Cargo por Capacidad, los cuales disminuyeron los ingresos por ese concepto para CHIVOR.*
- (iv) *CHIVOR informó como le correspondía, los distintos parámetros y variables a la CREG el 8 de noviembre de 2004, para el cálculo del Cargo por Capacidad 2004-2005.*
- (v) *Por tratarse de una información destinada al cálculo del Cargo por Capacidad, CHIVOR no tenía que reportar o solicitar autorización del CNO sobre los mismos, como lo dispone el Acuerdo CNO 49."*

Finalmente formula la siguiente petición:

"En consecuencia, de la manera más respetuosa solicitamos a la CREG que cierre la Actuación Administrativa iniciada, por el hecho de que CHIVOR se ciñó estrictamente a la ley, las Resoluciones CREG y los Acuerdos del CNO en relación con los hechos denunciados por URRA.

Esta solicitud la hace CHIVOR con base en la exposición de los hechos ocurridos y argumentos planteados, en la explicación que se ha dado en este escrito sobre qué tipo de información tiene que ser reportada a la CREG, qué tipo de información hay que reportar al CNO, en cuáles casos se necesita aprobación del CNO y en cuáles casos no hay ni que informar ni que solicitar autorización."

13. Mediante comunicación con radicación CREG E-2005-006556 del 7 de septiembre de 2005 (Fol. 344), la empresa Central Hidroeléctrica Betania S.A E.S.P comunica su decisión de hacerse parte dentro de la presente actuación administrativa.
14. Mediante comunicación con radicación CREG E-2005- 006604 del 7 de septiembre de 2005 (Fol. 345), la empresa Merieléctrica S.A.& CIA. S.C.A. E.S.P. comunica su decisión de hacerse parte dentro de la presente actuación administrativa.
15. Mediante comunicación con radicación CREG E-2005-006673 del 9 de septiembre de 2005 (Fol. 347), la empresa Termotasajero S.A E.S.P comunica su decisión de hacerse parte dentro de la presente actuación administrativa.
16. Mediante comunicación con radicación CREG E-2005-006701 del 12 de septiembre de 2005 (Fol. 349), la empresa URRA comunica su decisión de hacerse parte dentro de la presente actuación administrativa.
17. Mediante comunicación con radicación CREG E-2005-007770 de octubre 20 de 2005 (Fol. 389), la empresa Isagen S.A E.S.P comunica su decisión de hacerse parte dentro de la presente actuación administrativa y manifiesta que *"...CHIVOR presentó ante el Subcomité Hidrológico y de Plantas Hidráulicas del Consejo Nacional de Operación el día 23 de noviembre de 2004, extemporáneamente la batimetría de su embalse La Esmeralda, después de que los agentes habían reportado la información a la CREG para la corrida del Cargo por Capacidad, en el plazo establecido por la Resolución*

K y m

S

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

CREG No. 083 de 2000, que modificó el artículo 10 de la Resolución 116 de 1996. Es decir, reportó los valores a la CREG sin haber enviado previamente al CNO los procedimientos de protocolos de pruebas con sus correspondientes estudios, tal y como lo exige el Acuerdo CON 153 de 2001."

18. Pruebas:

18.1. Mediante auto del 27 de octubre de 2005 se decretaron las siguientes pruebas:

18.1.1. Documentales:

18.1.1.1. Se dispuso tener como pruebas debidamente aportadas, los documentos allegados por la empresa URRÁ en su memorial con radicación CREG Nos. E-2005-000200 del 11 de enero de 2005.

18.1.1.2. Se ordenó allegar copia de los parámetros declarados por CHIVOR para la corrida del Cargo por Capacidad periodos 2002 -2003, 2003 - 2004 y 2004 - 2005. (Fol. 508 y siguientes)

18.1.1.3. Se ordenó oficiar al Consejo Nacional de Operación - C.N.O para que se sirviera remitir a la actuación las siguientes copias e información:

18.1.1.3.1. Copia auténtica de las actas y documentos anexos de las sesiones del C.N.O (incluyendo las de sus Comités y Subcomités) correspondientes al último trimestre del año 2004.

18.1.1.3.2. Copia auténtica de la comunicación No. EDP-017-172-2001 de noviembre de 2001 suscrita por CHIVOR.

18.1.1.3.3. Información sobre la fecha en que fue entregada al C.N.O por CHIVOR, la batimetría del embalse La Esmeralda.

18.1.1.3.4. Si CHIVOR en el año 2004 informó al C.N.O de la modificación de los parámetros técnicos relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda.

18.1.1.3.5. Si la respuesta a la pregunta anterior es positiva, indicar si se enviaron los procedimientos y protocolos de prueba correspondientes, en qué fecha y si fueron objeto de aprobación.

18.1.1.3.6. Si conoce la fecha de la última batimetría realizada al embalse La Esmeralda y cuál fue su resultado.

(Mediante comunicación con radicación CREG No. E-2006-005739 del 9 de agosto de 2006, Fol. 537, el C.N.O dio respuesta a los anteriores requerimientos)

[Firma]

[Firma]

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

18.1.2. Testimoniales:

18.1.2.1. Declaración del señor William Javier Alarcón Fraile, Ingeniero Civil, Director de Ingeniería y Obras Civiles de CHIVOR. La diligencia se practicó el 21 de abril de 2006 (Obra a Fol. 498).

18.1.2.2. Declaración del señor Fabián de Jesús Toro Becerra. La diligencia no se practicó por cuanto que la apoderada de CHIVOR desistió de la prueba y el desistimiento le fue aceptado en la audiencia celebrada el 21 de abril del año en curso. (Fol. 504).

18.1.2.3. Declaración del señor José Antonio Vásquez B., Ingeniero Electrónico, Representante Legal de Dissman Ingeniería Ltda. La diligencia se practicó el 24 de febrero de 2006 (Obra a Fol. 473).

18.1.2.4. Declaración del señor Alberto Olarte, Ingeniero Eléctrico, Secretario Técnico del Consejo Nacional de Operación - C.N.O. La diligencia se practicó el 24 de febrero de 2006 (Obra a Fol. 479).

18.2. Mediante memorial con radicación CREG E-2005-008144 del 3 de noviembre de 2005, CHIVOR por conducto de su apoderada presentó recurso de reposición contra el auto de pruebas del 27 de octubre de 2005, en cuanto negó la prueba solicitada por esta empresa consistente en ordenar allegar algunos conceptos del C.N.O.

18.3. Mediante auto del 10 de febrero de 2006, se repuso el auto de octubre 27 de 2005 ordenando oficiar al C.N.O con el propósito de que remita copia de los conceptos jurídicos existentes en esta entidad, referentes a la oportunidad para la modificación de los parámetros necesarios para el planeamiento operativo del sistema que igualmente se requieren para el cálculo del cargo por capacidad.

II. CONSIDERACIONES

1. Alcance de la competencia de la CREG

El artículo 365 de la Carta dispone:

"Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". (se subraya)

Agrega el segundo inciso de dicho artículo:

"Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades

[Firma]

[Firma]

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios... (se subraya)

Por su parte el artículo 370 de la Carta dispone:

"Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten." (se subraya)

Como se puede observar, dada la importancia de los servicios públicos domiciliarios, la Constitución establece las bases del régimen de los mismos partiendo de varios principios fundamentales, entre los cuales vale la pena destacar los siguientes:

- De una parte, la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios a todos los habitantes del territorio nacional, lo cual implica la continuidad del servicio.
- De otra parte, la circunstancia de que independientemente de quien preste el servicio, el Estado mantiene la regulación del mismo.
- Además, en el caso de servicios públicos domiciliarios, la Constitución atribuye al Presidente el deber de señalar las políticas generales de administración.

En desarrollo de los citados postulados constitucionales las leyes 142 y 143 de 1994 establecieron el régimen de los servicios públicos.

En particular en relación con las funciones presidenciales en materia de servicios públicos, la ley 142 de 1994 dispone en su artículo 68, lo siguiente:

"El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta ley."

"Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones". (se subraya)

En desarrollo de lo anterior, mediante los decretos 1524 y 2253 de 1994 el Presidente de la República delegó en las Comisiones de Regulación las funciones que las leyes le atribuían como un desarrollo de su función de fijar las políticas generales de administración de servicios públicos.

Ahora bien, la ley 143 de 1994 estableció el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad. Uno de los aspectos fundamentales que inspira la ley y que es un desarrollo de los principios constitucionales es el de asegurar la continuidad del servicio, de tal manera que el mismo se preste de forma eficiente, para lo cual el Estado a través de la regulación debe adoptar medidas apropiadas.

7
1180

97

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

Así se desprende del artículo 4o de la citada ley, que dispone:

"El Estado, en relación con el servicio de electricidad tendrá los siguientes objetivos en el cumplimiento de sus funciones:

"a. Abastecer la demanda de electricidad de la comunidad bajo criterios económicos y de viabilidad financiera, asegurando su cubrimiento en un marco de uso racional y eficiente de los diferentes recursos energéticos del país.

"b. Asegurar una operación eficiente, segura y confiable en las actividades del sector...."

En el mismo sentido, el artículo 5o de la referida ley señala:

"La generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública"(se subraya).

Así mismo el artículo 6o dispone:

"Artículo 6. Las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se regirán por principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad.

"...

"El principio de continuidad implica que el servicio se deberá prestar aún en casos de quiebra, liquidación, intervención, sustitución o terminación de contratos de las empresas responsables del mismo, sin interrupciones diferentes a las programadas por razones técnicas, fuerza mayor, caso fortuito, o por las sanciones impuestas al usuario por el incumplimiento de sus obligaciones."

De otra parte, el artículo 20 señala:

"Artículo 20- En relación con el sector energético la función de regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible".

En igual sentido, el Artículo 33 de la Ley 143, ordena:

"La operación del Sistema Interconectado se hará procurando atender la demanda en forma confiable, segura y con calidad del servicio mediante la utilización de los recursos disponibles en forma económica y conveniente para el país." (se destaca).

Dentro de dicho contexto, la ley estableció las funciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el cumplimiento del objetivo previsto en el artículo 20 de la ley, esto es, la regulación del sector, entre las cuales incluyó en su artículo 23 las siguientes:

7
1180

97

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

"a) Crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia.

"En el sector eléctrico, la oferta eficiente tendrá en cuenta la capacidad de generación de respaldo, la cual será valorada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, según los criterios que establezca la Unidad de Planeación Minero - Energética en el plan de expansión."

(...)

"i) Establecer el Reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional, después de haber oído los concepto del Consejo Nacional de Operación".

(...)

"n) Definir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía".

El reglamento de operación de conformidad con el artículo 11 de la ley 143 de 1994 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"*.

De todo lo anterior resulta que: uno de los propósitos básicos de la acción del Estado en relación con el sector eléctrico es asegurar el suministro continuo de energía eléctrica; que la regulación de dicho sector le corresponde adoptarla a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y que para tal efecto la ley la dotó de claras competencias, pues previó que debían adoptarse condiciones para asegurar una oferta eficiente, lo cual incluye la capacidad de respaldo; que debía adoptar y hacer operativos criterios de seguridad y confiabilidad y que además debía adoptar el reglamento de operación, en el cual naturalmente debería reflejarse lo anterior.

Como consecuencia de lo anterior la Comisión de Regulación de Energía y Gas creó el cargo por capacidad.

La creación del Cargo por Capacidad obedeció a las características propias de la conformación del parque de generación del país, donde actualmente, aproximadamente, el 65% de la capacidad instalada corresponde a generación hidroeléctrica (generación mediante la utilización de agua), y el 35% a generación térmica (a base de gas natural, fuel oil, carbón y otros combustibles).

Las características de las plantas hidráulicas instaladas en el país, corresponden en su mayoría a reservorios con poca capacidad de embalse, esto es, con baja capacidad de almacenamiento de agua que les permita generar suficiente energía en situaciones de sequía. Esto hace que durante las estaciones de alta hidrología (periodos lluviosos), la demanda del país sea cubierta principalmente con energía hidroeléctrica, dados los bajos costos relativos del recurso hídrico, abundante en dicho periodo, pero que en épocas de hidrologías críticas (veranos), por la escasez del recurso hídrico, la generación hidroeléctrica con las características a que se ha hecho referencia,

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

no sea suficiente para atender toda la demanda del país y, por tanto, se requieran mecanismos que aseguren una generación de energía en dichas épocas para así cumplir el deber constitucional de asegurar la prestación continua del servicio.

Otro elemento importante a tener en cuenta en el desarrollo del Cargo por Capacidad, lo constituye el hecho de que los generadores perciben sus ingresos de la energía que vendan en el Mercado Mayorista. Dados los costos del combustible que utilizan las plantas térmicas, la energía que producen es menos competitiva frente a las hidráulicas, en épocas de invierno. Esta situación hace que en especial las plantas térmicas, en tales épocas, no puedan recuperar sus costos fijos y que, por tanto, puedan experimentar dificultades financieras. La existencia de estas dificultades financieras podrían eventualmente causar su retiro del Mercado Mayorista, y por ende el desabastecimiento de electricidad (racionamiento), en épocas de hidrología crítica.

Es este uno de los casos en que se tipifica lo que la ciencia económica a denominado una *falla del mercado*, las cuales, como lo reconoce la Honorable Corte Constitucional, están constituidas por fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros:

"La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema.¹¹ Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras." (Sentencia C-150/03. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa)

En este caso, se trata de una externalidad que consiste en que un sistema de generación como el nuestro, integrado mayoritariamente por plantas hidráulicas, se encuentra expuesto al carácter estacional de la hidrología porque frente a periodos extremadamente secos asociados al fenómeno del niño y que se producen en periodos no predeterminados de entre 4 y 7 años, los usuarios y generadores no internalizan los costos que demanda la confiabilidad necesaria para superar estos periodos y se produce el riesgo de racionamiento y de ejercicio de poder de mercado por los pocos agentes con capacidad de producir energía ante este fenómeno hidrológico externo a consumidores y productores.

La creación del Cargo por Capacidad¹² obedeció a la necesidad de resolver esta falla identificada en el mercado de generación de energía, internalizando la referida externalidad a través del cobro que se le hace a los usuarios del respaldo que necesitan en periodos extremadamente secos o críticos y pagando a los generadores por el respaldo que brindan.

¹¹ Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes "fallas de mercado", ver: Stephen Breyer. Regulation and its Reform. Harvard University Press. Cambridge, 1982; Richard J. Pierce, JR. and Ernest Gellhorn, Regulated Industries. West Publishing Co, 1994; y Jeffrey L. Harrison. Regulation and Deregulation. Cases and Materials. West Publishing Co. ST. Paul, Minn, 1997.

¹² Resoluciones CREG 001 y 116 de 1996

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

El Cargo por Capacidad permite que las plantas que le aportan firmeza al Sistema bajo condiciones de hidrología crítica, puedan recuperar una parte de sus costos fijos, ya sea que se trate de generadores hidroeléctricos con capacidad de generación en verano (v.g. capacidad de embalse), o de generadores térmicos, cuyos recursos no dependen de la hidrología.

En otras palabras, el Cargo por Capacidad es un ingreso adicional que se les paga a los generadores que le aportan firmeza al sistema bajo las condiciones enunciadas, por el solo hecho de estar disponibles.

Como quiera que el cargo por capacidad tiene por objeto garantizar la disponibilidad de una oferta eficiente, el mismo debe corresponder a la firmeza que los generadores aporten al sistema, esto es, a la capacidad de atender el consumo de energía en épocas críticas. Para medir esta firmeza que es remunerada a través del cargo por capacidad, la CREG expidió la Resolución CREG - 116 de 1996, cuyo artículo 4 en la forma en que fue modificado por la Resolución CREG - 047 de 1999, establece que la Capacidad Remunerable Teórica - CRT¹³ de cada planta hidráulica o unidad térmica se obtiene mediante la corrida a cargo del Centro Nacional de Despacho - CND de un modelo de largo plazo simulando las condiciones de Despacho Ideal, con los parámetros básicos descritos en el Anexo No. 1 y con la información entregada por los agentes relativa a las condiciones o características de su planta y/o unidad de generación, incluida la relativa a los volúmenes del embalse como lo dispone el Anexo No. 4 de la Resolución CREG - 116 de 1996 en la forma en que fue modificado por la Resolución CREG - 074 de 2002 .

Entonces, si la referida información con la cual se calcula el Cargo por Capacidad es inexacta o no corresponde a la realidad, no se estaría cumpliendo el cometido de corregir la aludida falla del mercado porque la CRT resultante de la corrida del modelo no correspondería a la firmeza que los agentes generadores aportan al sistema y debe intervenir la Comisión para corregir esa falla¹⁴, claro está, bajo la premisa de que es de su competencia y mediante la regulación, corregir las fallas del mercado, como lo es para este caso, de acuerdo con lo dispuesto por el citado artículo 23 lit. a) de la Ley 143 de 1994 y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que ratifica la función de las Comisiones de Regulación de corregir las fallas del mercado a través de la regulación, la cual, según corresponda, asume la forma de normas

¹³ **"Capacidad Remunerable Teórica - CRT.** Es la capacidad de generación que cada planta hidráulica o unidad térmica despachada centralmente, aporta en un Despacho Ideal al abastecimiento de la demanda en condiciones hidrológicas críticas, determinada con la metodología descrita en los Artículos 4 y 5 de la presente Resolución." (Art. 1 de la Resolución CREG - 116 de 1996)

¹⁴ La corrección de las fallas del mercado es una competencia a cargo de los organismos reguladores ligada a su origen y justificación y la existencia de entes de esta naturaleza, con competencia para corregir fallas del mercado, es hoy en día un rasgo común de la estructura institucional de diferentes países, como lo reconoce la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional: "4.1.2.3. A pesar de estas marcadas diferencias entre países, se pueden apreciar elementos comunes en cuanto al marco institucional de la función de regulación. El primer rasgo común estriba en que la función estatal de regulación es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socio-económico. Segundo, la actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. Tercero, (...) (Sentencia C-150/03. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa)

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

administrativas de contenido general o particular y concreto, como ocurre en este caso¹⁵.

En estas condiciones, no comprende esta función de corregir las fallas del mercado el ejercicio de las funciones de control, inspección y vigilancia o sancionatorias, como las denomina CHIVOR, reservadas por el artículo 370 de la Constitución a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En efecto, en el auto con el cual se dio inicio a la presente actuación administrativa se señaló que su objetivo era el de establecer si debían modificarse los parámetros relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda de CHIVOR y, como consecuencia, si debía ordenarse una nueva corrida del modelo de largo plazo que sirvió para el Cálculo de la Capacidad Remunerable Teórica del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad correspondiente al periodo 2004-2005 y proceder a efectuar las reliquidaciones y refacturaciones que sean del caso.

No tiene por lo tanto esta actuación, ni podría tenerlo, el propósito de establecer si CHIVOR trasgredió la normatividad a la cual está sujeta en su calidad de empresa de servicios públicos domiciliarios y si por tal razón, debe ser sancionada. Esa es una competencia atribuida por la Constitución y la Ley a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a quien, precisamente, por esta razón, en el citado auto de inicio de la actuación se dispuso remitirle copia de la providencia y de la comunicación con radicado CREG E-2005-000200 del 11 de enero de 2005.

En estas condiciones, la CREG se limita a analizar si los parámetros reportados por los agentes para el cálculo de la CRT del Cargo por Capacidad corresponden o no a la firmeza que la planta aporta al sistema, para lo cual se limita a examinar si el cálculo de los valores de tales parámetros cumple con las exigencias técnicas que para tal efecto tiene prevista la regulación de la CREG y los Acuerdos del Consejo Nacional de Operación – C.N.O.

Como se puede apreciar, la CREG no pretende valorar la conducta de CHIVOR y menos, imponerle una sanción. Simplemente se trata de establecer si frente a los hechos puestos en conocimiento de la CREG por URRRA se debe ordenar una nueva corrida del modelo de largo plazo que sirve para el cálculo de la CRT.

En estos términos, no estamos en presencia de una función sancionatoria a cargo de la CREG sino del ejercicio de intervención del mercado a través de la

¹⁵ "Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones – además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que "[l]a regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia".

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

regulación y, como, consecuencia, los institutos de tipicidad de la conducta y calificación de la antijuricidad de la conducta reclamados por CHIVOR y propios del derecho sancionatorio, no son aplicables en este caso.

2. Análisis de las presuntas inconsistencias en la declaración de los parámetros relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda de CHIVOR

En este aparte se analizarán las presuntas inconsistencias atribuidas a la declaración de los parámetros relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda de CHIVOR.

Dice URRRA que existió una manifiesta vulneración del Acuerdo 153 de 2001 del C.N.O, por parte de la empresa CHIVOR consistente en que esta empresa modificó unos parámetros técnicos relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda del Cargo por Capacidad correspondiente al periodo 2004-2005, sin haber enviado al C.N.O previamente para su aprobación, los procedimientos y protocolos de pruebas con sus correspondientes estudios fundamento de los cambios, tal como lo exige el acuerdo 153 de 2001, pues solo fueron presentados el 23 de noviembre de 2003 ante el Subcomité Hidrológico y de Plantas Hidráulicas.

Como se advirtió en el título anterior, la CREG encuentra restringida su competencia al establecimiento de si los valores declarados por los agentes corresponden o no a las exigencias técnicas que regulan la declaración de parámetros para el cálculo de la CRT en las resoluciones de esta entidad y en los acuerdos del C.N.O., vale decir, si dichos valores son correctos y que, por lo tanto, no es de su resorte establecer si CHIVOR violó los Acuerdos del C.N.O por pretermitir requisitos de presentación y aprobación de los procedimientos y protocolos de pruebas ante el C.N.O.

No obstante, y en consideración a que la presentación y aprobación de dichos procedimientos y protocolos de pruebas puede interpretarse como un medio de control a la aptitud de los valores declarados, encuentra oportuno hacer las siguientes consideraciones.

Del acervo probatorio recaudado en el curso de la actuación se desprende lo siguiente:

- Es cierto que CHIVOR para la corrida del Cargo por Capacidad periodo 2004 - 2005 modificó unos parámetros técnicos relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda, concretamente, los denominados "Volumen Mínimo Técnico" y "Volumen Máximo Técnico". Así lo revelan las copias de las declaraciones de parámetros de los años 2003 (Fol. 518) y 2004 (Fol. 527): Mientras que en noviembre del año 2003 se reportaron 26.73 Mm³ de Volumen Mínimo Técnico, en el año 2004 se reportaron 26.06 Mm³. Para el Volumen Máximo Técnico se reportaron en el año 2003, 617,73 Mm³ mientras que para el año 2004 se reportaron 608.38 Mm³.

7/1180

7

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

- También es cierto que CHIVOR no presentó ante el C.N.O para su aprobación los procedimientos y protocolos de pruebas y estudios de los fundamentos de los cambios de los parámetros relativos a los volúmenes del embalse La Esmeralda con anticipación a su presentación ante la CREG para la corrida del cargo por capacidad. Así se desprende de la información suministrada por el C.NO mediante comunicación con radicación CREG E-2006-005739 (Fol.537) en donde se afirma que los resultados de la batimetría del embalse La Esmeralda fueron entregados al Subcomité Hidrológico y de Plantas Hidráulicas del C.N.O el 23 de noviembre de 2004.

No obstante que los hechos puestos en conocimiento de la CREG por URRRA son ciertos, la CREG encuentra que con ellos no se incumplen las exigencias técnicas para el cálculo de los valores de los parámetros relativos a los volúmenes de los embalses previstas en el Acuerdo C.N.O No. 153 de 2001.

Por parte alguna el referido Acuerdo 153 establece la obligación a cargo de los agentes de presentar al C.N.O, para su aprobación, los procedimientos y protocolos de pruebas con sus correspondientes estudios fundamentos de los cambios, como condición para modificar los parámetros técnicos relativos a los volúmenes de los embalses que se utilizan para el cálculo de la CRT del cargo por capacidad¹⁶.

Ello es así, entre otras razones, porque los procedimientos y protocolos para la estimación de variables asociadas a Centrales Hidráulicas no los definen los agentes sino están definidos por el C.N.O en el referido Acuerdo 153, cuyo artículo 1 los aprueba e incorpora en sus anexos. Luego mal podría el acuerdo exigir que los protocolos y procedimientos que el mismo establece como normatividad general, impersonal y abstracta, sean reportados individualmente por cada agente generador.

Lo que establece el citado Acuerdo No. 153 en su artículo 3, como obligación a cargo de los agentes en relación con los protocolos y procedimientos que regula, es que reporten el cronograma para su ejecución de tal manera que se cumpla con la fecha vigente que reglamenta la declaración de variables para el Cargo por Capacidad.

La obligación prevista en el referido artículo 3 del Acuerdo C.N.O No. 153 no tiene incidencia alguna en la definición de los valores de los volúmenes del embalse, ni siquiera se puede asumir que se trate de un control a la idoneidad y

¹⁶ Así lo confirmó el Secretario Técnico del Consejo Nacional de Operación C.N.O en la declaración rendida el 24 de febrero del 2006, la cual, aunque en esta materia de interpretación normativa no tiene valor probatorio, si constituye un criterio técnico autorizado por provenir de quien proviene. A la pregunta acerca de si se deben reportar al C.N.O. el cronograma de ejecución de los protocolos y procedimientos de las batimetrías antes de enviar los parámetros a la CREG, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 3 del Acuerdo 153 de 2001 y en el numeral 3 de sus anexos 2 y 3, respondió: "Considero que los protocolos y procedimientos de las batimetrías no son necesarios enviarlos antes, teniendo en cuenta que, la información que cada agente entrega en su reporte para el Cargo por Capacidad es responsabilidad clara de cada uno de ellos, lo que si es importantes (sic) es que los resultados de estas batimetrías sean sometidos a un análisis técnico por parte de un organismo como el C.N.O., con el fin de supervisar el procedimiento seguido y encontrar justificación técnica a las variaciones que se hubieren presentado." En seguida y a la pregunta acerca de si este análisis se puede hacer en cualquier tiempo o si es recomendable que se haga antes del reporte de los parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad a la CREG por parte del agente, contestó: "Nuevamente, el reporte para de parámetros para el Cargo por Capacidad son responsabilidad (sic) de cada agente, lo importante es que para efecto de planeamiento operativo esta variable y todas las demás variables que presentan actualización, pueden ser justificadas a través del Consejo Nacional de Operación."

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

veracidad de la información declarada, por cuanto que lo que allí se exige es la definición y reporte del cronograma de ejecución de los protocolos y procedimientos de que trata el Acuerdo y no del reporte de los estudios que sustentan los valores de los parámetros para el cálculo de la CRT.

Mucho menos se establece que dichos estudios y parámetros estén sujetos al examen o aprobación del C.N.O.

Como lo revela el tenor literal de referido artículo 3, el propósito del reporte de esta información no es otro que el de que se cumpla con la fecha vigente que reglamenta la declaración de variables para el Cargo por Capacidad. Dicha fecha de acuerdo con lo establecido por el Anexo No. 4 de la Resolución CREG - 116 de 1996 en la forma en que fue modificado por la Resolución CREG - 074 de 2002, es el 10 de noviembre de cada año y fue cumplida por CHIVOR en la declaración de parámetros para el cálculo de la CRT del cargo por capacidad vigencia 2004 - 2005 según lo revela la copia de la comunicación de declaración de parámetros con radicación CREG E-2004-009023 del 8 de noviembre de 2004 (Fol. 527). Y, si no se hubiese cumplido por CHIVOR tal fecha, la consecuencia no era la de ordenar una nueva corrida del modelo para la determinación de la CRT sino la de no tener en cuenta a esta empresa para el cálculo del cargo por capacidad como lo dispone el artículo 10 numeral 10.2 de la Resolución CREG - 116 de 1996 en la forma en que fue modificado por la Resolución CREG - 083 de 2000.

De acuerdo con lo anterior, no es la CREG la llamada a examinar si la omisión que se le atribuye a CHIVOR constituye una infracción a la normatividad a la cual se encuentran sujetas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Dicha competencia corresponde al ente de vigilancia y control, al cual, desde la apertura de esta actuación administrativa, se le puso en conocimiento el hecho.

Finalmente, vale observar, como lo alega CHIVOR, que el cambio efectuado en el año 2004 de los valores de los parámetros relativos a los volúmenes del embalse La Esmeralda implicó un menor volumen útil del embalse respecto del reportado en el año anterior y, por lo tanto, representa, por este aspecto, una disminución en la asignación de la CRT que pone de presente que tal modificación no tenía por propósito mejorar artificialmente tal asignación, aunque no con la connotación de antijuridicidad que quiere dársele con fundamento en el Anexo General de la Resolución CREG - 0006 de 2001, por cuanto que en este caso, la confrontación no se está haciendo con el valor determinado por un tercero especializado como lo dispone la referida resolución, sino con los valores del propio agente.

En suma, no existen motivos para modificar los parámetros relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda de la empresa CHIVOR y ordenar una nueva corrida del modelo de largo plazo que sirvió para el cálculo de la Capacidad Remunerable Teórica del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad correspondiente al periodo 2004-2005.

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No. 304 día 3 de octubre de 2006 se acordó expedir la presente Resolución;

[Firma]

[Firma]

Por la cual se decide una actuación administrativa en que es interesada CHIVOR S.A E.S.P.

En razón de lo anterior, la Comisión de Regulación de Energía y Gas;

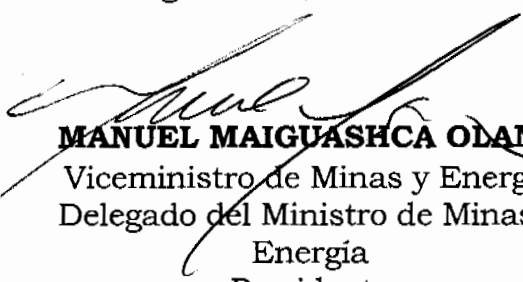
RESUELVE:

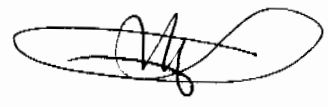
ARTÍCULO 1o. Abstenerse de modificar los parámetros relacionados con los volúmenes del embalse La Esmeralda de la empresa CHIVOR S.A E.S.P. y abstenerse de ordenar una nueva corrida del modelo de largo plazo que sirvió para el cálculo de la Capacidad Remunerable Teórica del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad correspondiente al periodo 2004-2005.

ARTÍCULO 2o. La presente Resolución deberá notificarse personalmente a las empresas CHIVOR S.A E.S.P, URRÁ S.A E.S.P, CENTRAL HIDROELÉCTRICA BETANIA S.A E.S.P, ISAGEN S.A E.S.P, MERIELÉCTRICA S.A & CIA. S.C.A E.S.P y TERMOTASAJERO S.A E.S.P. Contra las disposiciones contenidas en esta Resolución procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante la Dirección Ejecutiva de la CREG dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., el día 03 OCT. 2006


MANUEL MAIGUASHCA ODANO
Viceministro de Minas y Energía
Delegado del Ministro de Minas y
Energía
Presidente


CAMILO QUINTERO MONTAÑO
Director Ejecutivo

2
MBO