



Ministerio de Minas y Energía

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

**RESOLUCIÓN No. 095 DE 2012**

( 24 AGO. 2012 )

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

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

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de Decreto 2253 de 1994.

**CONSIDERANDO QUE:**

**I. Antecedentes**

De acuerdo con el procedimiento previsto en la Resolución CREG 081 de 2007, a más tardar el 31 de octubre de cada año del Periodo tarifario, la empresa a cargo de los servicios del CND, ASIC y LAC puede solicitar a la CREG los ajustes al Ingreso Máximo Regulado aprobado por la CREG.

De conformidad con el citado procedimiento de la metodología general, mediante las comunicaciones E-2011-0010314 y E-2012-000979, la empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. –en adelante XM– radicó en la CREG una solicitud de ajuste al Ingreso Máximo Regulado.

Mediante la comunicación con número radicado E-2012-002353, de fecha 22 de marzo de 2012, Acolgen solicitó a la Comisión ser vinculada como tercero interesado en la actuación administrativa y, en consecuencia, mediante Auto de fecha 28 de marzo de 2012 la Dirección Ejecutiva de la CREG vinculó a dicho gremio a la actuación administrativa.

Mediante Resolución CREG 047 expedida el 2 de mayo de 2012, se resolvió la solicitud de XM, ajustando la remuneración de los servicios regulados del

37

38

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

Centro Nacional de Despacho, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales y el Liquidador y Administrador de Cuentas.

Con fundamento en el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, dentro del término estipulado para ello, en escrito radicado en la CREG bajo el número E-2012-004509 XM interpuso recurso de reposición contra la Resolución CREG 047 de 2012, específicamente referido a dos acápite de la misma, así:

“(...) i) no reconocimiento de los gastos de defensa judicial asociados con demandas instauradas por los agentes del mercado, por la aplicación por parte del ASIC, el CND o el LAC de la reglamentación vigente, en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado, para el período tarifario junio 2012 – mayo 2013, por valor de \$657 millones (pesos 2007) y ii) no reconocimiento del costo de los recursos humanos requeridos como gasto permanente, para atender las auditorías al Centro Nacional de Despacho – CND - y al Liquidador y Administrador de Cuentas – LAC -, para el período tarifario junio 2012 – mayo 2013, por un valor de \$661 millones (pesos 2007)”.

Consecuentemente formula las siguientes peticiones:

“(...)

1. Con base en lo expuesto en la Primera Parte, solicitamos muy respetuosamente a la CREG, se sirva: i) Reponer la Resolución CREG 047 de 2012 en los aspectos relacionados con la negativa a reconocer los gastos para atender la defensa judicial de la empresa y ii) Aceptar el reconocimiento de \$657 millones de pesos (pesos del 2007), tal como se fundamentó en la solicitud inicialmente planteada a la CREG.
2. Con base en lo expuesto en la Segunda Parte, solicitamos muy respetuosamente a la CREG, se sirva: i) Reponer la Resolución CREG 047 DE 2012 en los aspectos relacionados con la negativa de reconocer gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011, y ii) Aceptar el reconocimiento de \$661 millones de pesos (a pesos de 2007), tal como se fundamentó en la solicitud inicialmente planteada a la CREG.”

A continuación se trascibirán los fundamentos del recurso de manera separada, y se procederá al análisis de los mismos de igual forma.

## ***II. De la reposición en referencia con el no reconocimiento de gastos de defensa judicial***

### ***a. Fundamentos de la petición***

XM fundamenta su primera petición de la siguiente manera:

“En el marco de la seguridad jurídica que reclaman los administrados en un estado de derecho, la decisión del Regulador de negar el reconocimiento de los gastos de defensa judicial tiene graves implicaciones jurídicas, por cuanto la administración no tiene la capacidad legal de inaplicar una norma vigente en el

12

3ca

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

ordenamiento jurídico, como es la Resolución CREG 081 de 2007, so pretexto de dar aplicación a una Sentencia de nulidad dictada en relación con una norma diferente, en un proceso judicial en el que no hubo un pronunciamiento expreso sobre la Resolución CREG 081 de 2007.

La CREG soporta su negativa, preválido de una Sentencia del Consejo de Estado, que no tiene la connotación de ser fundamento legal autónomo para soportar dicha decisión, ya que la Sentencia, si bien puede tener la virtud de tenerse como fuente auxiliar del derecho, no puede soportar por sí sola, como si se tratara de una norma del derecho positivo, la decisión tomada por la CREG.

Es un error de derecho hacer valer una Sentencia del Consejo de Estado emitida para un caso autónomo y distinto del que hoy nos ocupa, como fuente formal del derecho para expedir un acto administrativo, ya que la connotación de precedente judicial solo la tienen las Sentencias Unificación Jurisprudencial como más adelante se explica.

### **1. Legalidad y vigencia de la Resolución CREG 081 de 2007**

En el ordenamiento jurídico colombiano, a la luz del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos gozan de presunción de validez, tienen fuerza vinculante y son de obligatorio cumplimiento y ejecución mientras no hayan sido declarados nulos o hayan sido suspendidos provisionalmente por el juez competente. En ese sentido, considerando que la resolución CREG 081 de 2007, modificada por la resolución CREG 060 de 2009 es un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, su contenido es obligatorio para la misma administración, quien debe dar aplicación a lo establecido en ellos so pena de vincular su responsabilidad. Este es un pilar fundamental de la seguridad jurídica de los administrados.

La decisión del Regulador de negar el reconocimiento de los gastos de defensa judicial tiene graves implicaciones jurídicas, por cuanto la administración no tiene la capacidad legal de inaplicar una norma vigente en el ordenamiento jurídico, como son las Resoluciones CREG 081 de 2007 y 060 de 2009, so pretexto de dar aplicación a una Sentencia dictada en un proceso judicial que decidió sobre la validez de otra norma jurídica.

Se puede suponer, porque no está explícito en el acto administrativo que nos ocupa, que la CREG recurre al concepto de Precedente Judicial, como fuente indirecta de derecho, lo cual se cuestiona por varias razones:

- 1) En Colombia la Ley es la principal fuente del derecho administrativo, y obliga a los funcionarios y organismos públicos, y en ese sentido la Ley 142 de 1994 es categórica en determinar que se deben garantizar la recuperación de los costos de inversión y gastos propios de administración, operación y mantenimiento, a los prestadores de servicios públicos.

El Precedente Judicial sólo es fuente de derecho para las entidades administrativas, cuando se trate de Sentencias de Unificación del Consejo de Estado emitidas en los términos especificados en la Ley 1434 (sic) de 2011 – Nuevo Código Contencioso Administrativo.

Esta característica ‘Sentencia de Unificación Jurisprudencial’, no es aplicable a la Sentencia emitida por el Consejo de Estado en los expedientes

11

SCA

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

1100103240020030025401 y 11001032400020030053701, por cuanto esta es una sentencia unitaria, de sala de decisión y no de sala plena, expedida dentro de un caso particular y que aplica sólo para ese caso. Adicionalmente, no puede argumentarse que exista jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, en el mismo sentido en que se emitió la Sentencia del 16 de febrero de 2012 antes citada, ya que en la jurisprudencia del Consejo de Estado no existen otras que traten sobre el mismo tema ni ha sido objeto del trámite establecido en la Ley para la expedición de una Sentencia de Unificación que sea fuente formal del derecho.

No se entiende cómo, de la Sentencia del Consejo de Estado referida por la CREG en la Resolución 047 de 2012, pueda desprenderse semejante consecuencia, como lo es sacar del ordenamiento jurídico un acto administrativo válido y vinculante, inaplicarlo como si hubiera sido sometido a un juicio de constitucionalidad, situación que nunca ocurrió.

Ahora bien, es tarea de los jueces de la República valorar la aplicación de otras fuentes del derecho como son el precedente constitucional y el precedente judicial, pero no es esta función de la administración, a menos que se encuentre bajo los supuestos del artículo 10 de la ley 1437 del 2011, ley que inicia su aplicación el 2 de julio de 2012 y en cuyo caso se exige:

**'Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.'

(Subraya fuera de texto).

Quiere decir lo anterior, que la fuente real y directa del derecho es la Ley y que sólo podrá recurrir a otra fuente formal del derecho, cuando se trate de aplicar Sentencias de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado, lo que indica que una sentencia emitida por una sala de decisión del Consejo de Estado, tendrá efectos únicamente con relación al proceso en que se pronunció y las autoridades no pueden trasplantar la decisión para decidir otras situaciones administrativas que no han sido objeto de proceso judicial alguno. En ese sentido, la decisión de la Comisión es violatoria del Debido Proceso.

## **2. El Precedente Judicial en Colombia según la Corte Constitucional. Sentencias de Unificación Jurisprudencial.**

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-539 de 2011, expresó que el precedente judicial tiene fuerza de vinculación obligatoria no sólo para los jueces sino también para las autoridades administrativas, pero para que ello ocurra se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Ser Sentencias de Unificación del Consejo de Estado, caso en el cual se debe probar que se está frente a las mismas circunstancias de hecho y de derecho que se trató en la sentencia de unificación invocada.
2. Se deben presentar las pruebas que se tenga en su poder e indicar aquellas que se encuentran en manos de la entidad.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

3. Se debe presentar copia de la sentencia de unificación invocada a su favor.

La Sentencia de Unificación, es aquélla expedida en el marco del Artículo 270 del nuevo Código Contencioso Administrativo.

**'Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial.** Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009'. (Subraya fuera de texto)

Bajo este marco normativo y a nivel de conclusión, reiteramos que la Sentencia emitida por una Sala de la Sección Primera Consejo de Estado el 16 de febrero de 2012, mediante la cual se declara la nulidad de los párrafos 2 y 3 del artículo 3 de la Resolución CREG 083 de 2002, no goza de las características del precedente judicial y por tanto no puede ser fuente formal del derecho en la que se sustente válidamente una decisión administrativa de la CREG como lo viene siendo la Resolución 047 de 2012.

**3. Efectos en el tiempo de la Sentencia del Consejo de Estado de 12 de febrero de 2012.**

Dispone el artículo 38 de la ley 142 de 1994:

*"La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro".*

En el mismo sentido y como garantía adicional para la materialización del principio de la seguridad jurídica, el Consejo de Estado reiteradamente ha señalado que el efecto de la anulación de un acto administrativo genera efectos solamente hacia futuro. Al respecto, dicha corporación se ha pronunciado en el siguiente sentido:

- *'...la acción de nulidad no tiene en principio efecto retroactivo, el acto administrativo produce la plenitud de sus efectos anteriores y solo con posterioridad a su anulación pueden considerarse ilegales los dictados con base en él.'* (Sentencia 12 octubre/90)
- *'...para la Sala es claro que las sentencias de nulidad de actos administrativos de carácter general no generan ningún restablecimiento del derecho, así éste se haya pedido... Así mismo, para la Sala es claro que esas sentencias no tienen efectos retroactivos, como parece creerlo la parte actora. Por el contrario, esas sentencias tienen efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro, ...'* Sentencia 18 julio/2011:

Adicionalmente, con la particularidad de que la sentencia del 16 de febrero de 2012 no produjo efecto alguno, por cuanto la Resolución CREG 083 de 2002 era una norma que ya se encontraba derogada por la Resolución 116 de 2003 la cual se encontraba vigente con anterioridad a la admisión de la demanda por parte del Consejo de Estado y por tanto, en el momento en que se declara nula, ya no

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

hacia parte del ordenamiento jurídico, de suerte que los efectos de la nulidad no se dan en el mundo material y así lo conocía el Consejo de Estado al manifestar que no obstante encontrarse derogada, se pronunciaría sobre su legalidad teniendo en cuenta que las disposiciones acusadas produjeron efectos jurídicos durante su vigencia.

#### **4. Falta de motivación de la Resolución recurrida**

La Resolución CREG 047 de 2012 en lo atiente al reconocimiento de ajustes por concepto de gastos de defensa judicial adolece de falta de motivación, esto es, que al interior del documento CREG que sustentó la norma recurrida, no se encuentran de manera concreta, clara, seria y cierta, las razones de hecho o de derecho que sustenten la decisión tomada, la cual tiene una consecuencia muy significativa y altamente perjudicial para nuestra empresa.

Con relación a la motivación de los actos administrativos, el autor Rafael Bielsa en su libro 'derecho administrativo' Tomo II en las páginas 87 y 88, citado por el Doctor Oscar Aníbal Giraldo Castaño en su obra, Derecho Administrativo General, expone:

*'No existen formas determinadas para la motivación, pero ella tiene caracteres propios que definen su naturaleza. Es necesario que los motivos se expresen 'concretamente', no basta una vaga enunciación; los antecedentes, hechos, causas, deben referirse o, mejor aún, expresarse.'*

*'La motivación debe ser clara, para que pueda ser fácilmente interpretado el acto. Además debe ser 'seria' y no un conjunto de frases o fórmulas logomáquicas, ni discusiones bizantinas, pues ello induce a creer que el acto no es sincero ni real.'*

*'Finalmente debe 'justificarse' la relación de causalidad entre los motivos presupuestos y los motivos determinantes.'*

*'entre la situación de hecho y la determinación de derecho (legitimidad de la causa) tiene que haber una relación efectiva, unidad y consecuencia.'*

(Subraya fuera de texto)

En nuestro ordenamiento positivo, según lo establecido en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, las decisiones adoptadas mediante actos administrativos deberán ser motivadas, por lo menos de forma sumaria, si estas afectan a particulares. Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, '...la exigencia legal de la motivación es un instrumento de control sobre los actos que la Administración expide, toda vez que relaciona el contenido de la determinación adoptada con las normas que facultan a la autoridad para obrar y con los hechos y circunstancias a las cuales ella ha aplicado la normatividad invocada'<sup>1</sup>.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>2</sup>, la falta o ausencia de motivación en los actos administrativos que lo requieren, afecta no solo su validez desde el

<sup>1</sup> Sentencia C-371 de 1999.

<sup>2</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo. Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001032700020050006600. Sentencia del 18 de mayo de 2006, Exp. 14778, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa. reiterada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 17452. C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Sentencia del 10 de abril de 2008, expediente 15204. Sección Cuarta. Sentencia del nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación: 250002327000200700214-01. H. Corte Constitucional Sentencias SU-250 de 1998, C-371 de 1999, C-734

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

punto de vista formal, sino que implica una violación del derecho al debido proceso. En este sentido, la mencionada corporación ha señalado:

*'Para no incurrir en la 'falta de motivación', la administración está obligada a expresar los motivos que fundamentan sus decisiones, y a establecer correspondencia entre los hechos y las consideraciones jurídicas contenidas en su acto administrativo.'*

*'Los motivos en que se funda el acto deben ser ciertos, claros y objetivos. Esta causal de nulidad está referida, fundamentalmente, al soporte fáctico de un acto administrativo, [...] Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole que determinen no sólo la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance. [...] La falta de motivación de un acto administrativo cuando precisa de ella, como, en este caso, deviene en la violación del debido proceso, puesto que la exigencia de esa motivación se constituye en una formalidad que si se omite equivale a una expedición irregular del respectivo acto, lesiva del debido proceso que se debe observar para su expedición'.*<sup>3</sup>

En el caso concreto de la Resolución CREG 047 de 2012, la Comisión se apoyó única y exclusivamente en la siguiente frase: "De conformidad con la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 16 de febrero de 2012, dentro de los expedientes 1100103240020030025401 y 11001032400020030053701, no se reconocen los honorarios en defensas judiciales.", para dejar de reconocer \$657 millones de pesos (pesos de 2007), que requiere el CND, ASIC, LAC para su funcionamiento. Dicha consideración no corresponde a un argumento cierto, claro, objetivo y suficiente, en los términos legales aquí planteados.

##### **5. Principios Básicos de la Remuneración del CND-ASIC-LAC.**

La negativa de la CREG al reconocimiento de los gastos de defensa judicial, desconoce los principios básicos de la remuneración de los servicios de CND, ASIC, LAC establecidos en la Ley 142 de 1994, por cuanto los valores tarifarios deben dar cumplimiento al principio de suficiencia financiera de que trata la Ley y la regulación vigente.

El artículo 87 de la ley 142 de 1994 señala los criterios que deben orientar el régimen tarifario: eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia. En relación con tales principios, llamamos la atención sobre el de suficiencia financiera, el cual está definido como sigue:

*'87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado*

de 2000, T-610 de 2003, entre otras.

<sup>3</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: William Giraldo Giraldo. Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001032700020050006600. Sentencia del 18 de mayo de 2006, Exp. 14778, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa. reiterada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 17452. C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Sentencia del 10 de abril de 2008, expediente 15204. Sección Cuarta. Sentencia del nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010). Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación: 250002327000200700214-01. H. Corte Constitucional Sentencias SU-250 de 1998, C-371 de 1999, C-734 de 2000, T-610 de 2003, entre otras.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

*'una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.' (Ley 142 de 1994) (Subraya fuera de texto)*

Al respecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-150 de 2003, afirma:

*'Además, el criterio de suficiencia incorpora un aspecto dinámico en la determinación de la tarifa puesto que busca no sólo que en el largo plazo las empresas prestatarias del servicio sean sostenibles, lo cual asegura el principio de continuidad de los servicios públicos, sino además que el servicio evolucione permanentemente en el sentido de su mejoramiento, no de su deterioro.' (Subraya fuera de texto)*

En relación con este aspecto, la intervención de la Comisión de Regulación de Energía y Gas en la Sentencia C-150 de 2003, concluye:

*'El criterio de suficiencia financiera desarrolla el principio de la libertad económica y del derecho de propiedad, 'pues no tendría sentido y sería contrario a la Constitución que se permita la participación de cualquier persona en la prestación del servicio, con sus recursos, pero que se le impida recuperar la inversión y los gastos en que incurre por el desarrollo de tal actividad.' (Subraya fuera de texto)*

Es decir que para la fijación de la tarifa de los servicios de CND, ASIC y LAC, debe tenerse en cuenta que la remuneración debe asegurar la sostenibilidad de la empresa, de lo cual depende la continuidad en la prestación del servicio público. Por cuanto no es admisible que por un lado se imponen cargas a una empresa, y por otro, se le impida recuperar los gastos en que incurre por la ejecución de las funciones asignadas.

Las funciones del CND, ASIC y LAC fueron asignadas a XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P., mediante el Decreto 848 de 2005, en el cual se dispuso que sería la empresa encargada de desarrollar dentro de su objeto social las funciones asignadas al Centro Nacional de Despacho relacionadas con la planeación y coordinación de la operación de recursos del Sistema Interconectado Nacional y la Administración del Sistema de Intercambios y Comercialización de Energía Eléctrica en el Mercado de Energía Mayorista, así como la liquidación y administración de los cargos por uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional. En ese orden de ideas, se trata de una empresa que presta servicios especiales sometidos al régimen de la Ley de Servicios Públicos y de la Ley Eléctrica y que por su naturaleza, tiene el deber de asegurar su sostenibilidad financiera, y no solo por la vocación de utilidad que tiene una sociedad comercial legalmente constituida, sino por el derecho que tiene como prestador de servicios públicos, a que le sean reconocidos los gastos de administración, operación y mantenimiento como explicitamente lo indica el artículo 87.4 de la ley 142 de 1994.

En ese orden de ideas, la falta de motivación, también se refiere al silencio que la Resolución CREG 047 de 2012 tiene sobre la materia de suficiencia financiera que es de obligatorio cumplimiento, por cuanto está contenida en la Ley como fuente formal del Derecho que opera en la expedición de actos administrativos de contenidos (sic) particular.

Ahora bien, revisando actuaciones administrativas de la CREG presentadas en situaciones anteriores, encontramos la Resolución 024 de 2003 por la cual se

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGES A. S.A E.S.P. La Comisión establece dentro de sus consideraciones para negar las pretensiones de la mencionada empresa, lo siguiente:

*'Establecido que a la CREG le corresponde definir los costos de funcionamiento del CND, el LAC y el ASIC, para responder la impugnación se hace necesario establecer si los honorarios por la defensa judicial asociada con demandas instauradas por los agentes del mercado por la aplicación por parte del ASIC, el LAC o el CND de la reglamentación vigente en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado, constituyen o no costos de funcionamiento por prestación de servicios de despacho, coordinación y técnicos<sup>4</sup> a los agentes del Mercado de Energía Mayorista.*

*Las disposiciones glosadas no reconocen dentro de los cargos definidos por la CREG cualquier clase de honorarios judiciales, ellas son claras en establecer que son los asociados con demandas instauradas (i) por los agentes del mercado (ii) por la aplicación por parte del ASIC, el LAC o el CND de la reglamentación vigente (iii) en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado.*

*A juicio de la CREG, estas tres condiciones destacadas de las disposiciones glosadas para que estos costos deban ser sufragados por los agentes del mercado, hacen que los mismos estén comprendidos dentro de los costos de funcionamiento que las disposiciones legales en cuestión obligan a la CREG a determinar.*

*En efecto, son costos de funcionamientos asociados con los servicios prestados a los agentes del Mercado de Energía Mayorista, porque son generados en las actividades cumplidas por el ASIC, el LAC o el CND en aplicación de la reglamentación vigente en ejecución del contrato de mandato suscrito con estos agentes; y por tanto, son gastos inherentes a su función reglamentaria y contractual.*

*No se trata entonces de una imposición unilateral de la CREG sino de una imposición legal cuyo desarrollo regulatorio confió a esta entidad bajo la premisa de que los servicios prestados a los agentes por el CND, LAC y ASIC, no son gratuitos.'*

*'La Comisión no está imponiendo una carga fiscal o patrimonial que desconozca las garantías constitucionales de la propiedad y los derechos adquiridos sino ejecutando el mandato legal de los artículos 23 literales c y d y 23 de la Ley 143 de 1994 y 167 y 171 de la Ley 142 de 1994, los cuales no solo la facultan, sino, la obligan al establecimiento de los costos de funcionamiento del CND para la determinación de los cargos que por los servicios prestados por este ente, deben sufragar los agentes.*

*Ahora bien, no es obligación de los agentes incurrir en el pago de estos cargos fijados por la CREG. La decisión de entrar al Mercado de Energía Mayorista y por ende, de ser receptor de los servicios de despacho, coordinación y técnicos que presta ISA a través del CND y que hacen posible la existencia de este mercado, es en los términos de los artículos 10 de la Ley 142 de 1994 y 85 de la Ley 143 mismo año, de la entera liberalidad de los agentes.*

<sup>4</sup> Artículos 23 literales c y d y 23 de la Ley 143 de 1994 y 167 y 171 de la Ley 142 de 1994.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

*Por lo demás, la inclusión de los referidos honorarios judiciales como costos de funcionamiento del CND, LAC y ASIC no es una innovación del acto impugnado. Las anteriores resoluciones de la CREG de establecimiento de ingresos regulados también los reconocían. Lo que ocurre es que en esta ocasión se hicieron explícitos.' (Subraya fuera de texto)*

(...)

*'No ocurre lo propio con el CND, LAC y ASIC, lo cuales, como ya se advirtió, no desarrollan funciones en el Mercado de Energía Mayorista por su propia iniciativa sino por imposición legal<sup>5</sup> y, por lo tanto, no deben asumir riesgos derivados de decisiones ajenas.*

*Además, no es cierto que ningún cargo regulado para el sector eléctrico o de gas reconozca los costos de defensa judicial. Todos los cargos regulados por la CREG involucran los costos de Administración, Operación y Mantenimiento, los cuales incluyen los costos de funcionamiento de las empresas. (Subraya fuera de texto)*

*De otro lado, no está demostrado que los costos por defensa judicial reconocidos como ingresos regulados en el acto cuestionado al CND, ASIC y LAC, sean inefficientes. Por el contrario, la circunstancia de que solo se reconozcan a estos entes en los casos de demandas judiciales en contra por la aplicación de la reglamentación vigente, pone de presente que incurrir en ellos no es imputable directamente a la gestión de ISA en su calidad de CND, ASIC y LAC, pues, como ya se advirtió, no es su decisión ni es de su disposición, asumir la condición de demandada dentro de los procesos judiciales que le promuevan los agentes por la aplicación de la reglamentación vigente. (Subraya fuera de texto)*

*Por lo demás, el CND, ASIC y LAC no cuentan con ingresos distintos a los aprobados por la CREG para asumir los costos en cuestión, los cuales indiscutiblemente están asociados a los servicios que prestan como que se generan, principalmente, por la aplicación de la regulación de la CREG.' (Subraya fuera de texto)*

Este cambio abrupto en la posición de la CREG en adición al abierto desconocimiento del principio de suficiencia financiera, implican una abierta violación al principio de Confianza Legítima, con fundamento en el cual el Consejo de Estado ha reconocido protección para quienes realizan con el Estado actividades económicas o sociales, constitutivas de situaciones legales y reglamentarias '*...en la medida en que éste comporta el derecho de que no se les cambien en perjuicio suyo las condiciones vigentes al momento de iniciarse el negocio, y menos de forma que no se les permita adecuarse a los cambios que jurídicamente sean viables, y a ser compensados y reparados en el daño que llegaren a sufrir, si el cambio que se llegare a dar les hiciere imposible económicamente continuar la actividad en la cual no se les dio la oportunidad de adaptarse a las nuevas condiciones si éstas permiten la viabilidad del negocio, toda vez que bajo la confianza que les inspiraba la regulación estatal existente, habían invertido recursos y desestimado otras oportunidades de negocio'*<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Artículos 167 parágrafo 1o. y 171 de la Ley 142 de 1994 y 32 parágrafo 1o. y 34 de la Ley 143 de 1994.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, 29 de abril de 2010, exp. 2006 - 00375, C.P. Rafael E. Ostau de la Font Pianeta.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

Como puede observarse, en la Resolución CREG 024 de 2003, la Comisión fue vehemente y contundente en la defensa de los principios tarifarios y sustentó que los gastos de defensa judicial reconocidos, corresponden a costos de funcionamiento asociados con las actividades cumplidas por el ASIC, el LAC o el CND en aplicación de la reglamentación vigente y en ejecución del contrato de mandato suscrito con estos agentes, y por tanto, son gastos inherentes a su función reglamentaria y contractual y en consecuencia, deben ser remunerados, razón por la cual no entendemos que se haya presentado un cambio de posición de la CREG , sin que medie una razón legal para la misma.

#### Conclusión Primera Parte.

En la Primera Parte del presente memorial, hemos establecido en debida forma, que la Resolución CREG 047 de 2012 no puede tener como sustento legal, la Sentencia del Consejo de Estado dentro de los expedientes 1100103240020030025401 y 11001032400020030053701, ya que esta sentencia no tiene la característica de ser Sentencia de Unificación Jurisprudencial que es la única que tiene la virtud de ser fuente formal del derecho de acuerdo con el nuevo Código Contencioso Administrativo y las Sentencias de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, dicho fallo fue sobre la validez de la Resolución CREG 083 de 2002 única y exclusivamente, por lo tanto, las Resoluciones CREG 081 de 2007 y 060 de 2009, se presumen válidas, por cuanto no han sido derogadas, ni anuladas, ni suspendidas provisionalmente en sus efectos.

De igual manera, estamos frente a la falta de motivación de la Resolución 047 de 2012, consistente en omitir manifestarse sobre todos aquéllos puntos que la ley establece para el reconocimiento del régimen tarifario para la remuneración de los servicios del CND-ASIC-LAC y que al no considerar dicha fundamentación legal, su omisión acarrea un vicio del acto administrativo'.

#### b. Análisis de la petición y sus fundamentos

Sea lo primero indicar que si bien es cierto que la nulidad declarada por la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado no se refiere en concreto a la Resolución CREG 081 de 2007, sino a la Resolución CREG 083 de 2002, la cual no está vigente, también lo es que corresponde a la administración actuar en cumplimiento del principio de eficacia contemplado en el artículo 209 de la Constitución Política, así como en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

En virtud de dicho principio, la administración deberá "*en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias*". Así también lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado:

*"Todo proceso administrativo debe responder a los principios que rigen las actuaciones administrativas, entre ellos, el de eficacia, según el cual los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias (artículos 209 de la Constitución Política y 3º del Código Contencioso Administrativo). El principio*

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

*de eficacia de la actuación administrativa persigue, entonces, que, dentro de los límites de lo razonable, todo procedimiento de la administración se encamine de modo tal que procure el cumplimiento efectivo de sus fines. En ese sentido no será eficaz un procedimiento administrativo que se considere incompleto o inacabado, por no comprender aspectos fácticos ineludibles o de considerable trascendencia en el resultado del mismo, pues es claro que, en esas condiciones, no sería posible el logro, en debida forma, de la finalidad objetivamente prevista en la ley para dicho procedimiento”<sup>7</sup> (subrayas y negrillas propias).*

Se considera que la argumentación expuesta por la Sección Primera del Consejo de Estado en la sentencia que declaró la nulidad de los párrafos 2o y 3o del artículo 3 de la Resolución CREG 083 de 2002 es un hecho de considerable trascendencia en el resultado de la aprobación de cargos para remunerar los servicios del CND, el ASIC y el LAC.

En efecto, y como pasa a explicarse, corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas verificar la competencia que le otorga la ley para adelantar sus actuaciones y tomar decisiones que afectan a los particulares. En este caso particular, debe verificarse la competencia de la entidad para reconocer los gastos de defensa judicial asociados con demandas instauradas por los agentes del mercado, por la aplicación por parte del ASIC, el CND o el LAC de la reglamentación vigente, en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado.

Debe indicarse que hasta la expedición de la sentencia mencionada, la CREG reconoció los gastos de defensa judicial referidos con el pleno convencimiento de que actuaba dentro del marco funcional que las Leyes 142 y 143 de 1994 le otorgaron, y en cumplimiento de los artículo 6 y 209 Superiores. Así lo argumentó como sustento de la Resolución CREG 083 de 2002, así como de la Resolución CREG 060 de 2009, entre otras. Sin embargo, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo no lo consideró así, determinando entonces que no corresponde a la Comisión reconocer esa clase de gastos.

En efecto, dijo dicha Corporación<sup>8</sup> lo siguiente:

***“La competencia asignada por la ley a la CREG, para fijar las tarifas por los servicios prestados por el Centro Nacional de Despacho –CND, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado de Energía Mayorista –ASIC y el Liquidador de los Intercambios Comerciales del Sistema Interconectado del sector eléctrico, LAC***

(...)

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. C.P. Darío Quiñones Pinilla. Sentencia del 16 de marzo de 2006. Radicación número: 11001-03-28-000-2004-00005-01(3194)

<sup>8</sup> Ref. Expedientes acumulados 1100103240020030025401 y 1100103240020030053701. Sentencia del 16 de febrero de 2012.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

*Por consiguiente, la Sala concluye que se acompasa con los citados preceptos legales que la CREG haya adoptado la metodología de Ingreso Regulado para calcular los cargos que deberá cobrar el CENTRO NACIONAL DE DESPACHO a cada agente, por los servicios que prestan el CND, el ASI (sic) o el LAC.*

*Empero, la Sala advierte que, atendida su naturaleza, los honorarios por defensas judiciales no son asimilables a un costo operativo, ni a un costo de inversión ni a un costo de proyectos. Se trata de sumas de dinero pagadas a profesionales del derecho por defensas judiciales. Es, fuerza, entonces, concluir que no está comprendido dentro del ámbito material de la competencia de regulación de la CREG, que se contrae a fijar los Ingresos Regulados por costos operativos, por costos de inversión y por proyectos. El establecer los honorarios por defensas judiciales como costas de estas actividades, puesto que las defensas judiciales causan honorarios, es obligado concluir que no se trata de un servicio que el Centro Nacional de Despacho –CND, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado de Energía Mayorista –ASIC o que el Liquidador de los Intercambios Comerciales del Sistema Interconectado del sector eléctrico –LAC, presten a los agentes que participan en el Mercado de Energía Mayorista, a saber, los generadores, comercializadores y transportadores de electricidad, sino que es contratado por los primeros con profesionales del derecho.*

*El análisis precedente pone de manifiesto que los artículos 73, 74.1, 167 y 171 de la Ley 142 de 1994, así como los literales c) y d) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994 no atribuyen competencia expresa a la CREG para imponer como Ingresos Regulados por concepto de servicios prestados por el CND, el ASIC y el LAC los honorarios por defensa judicial a que haya lugar por aplicación por parte de esas dependencias de la reglamentación vigente, en ejecución del contrato de mandato, puesto que no guarda ‘relación directa e inescindible’ con los servicios de despacho y coordinación. Puesto que se ha demostrado violación de los artículos 6 y 121 Constitucionales y de las disposiciones legales que se han examinado, se impone declarar la nulidad de las disposiciones acusadas” (subrayas y negrillas propias).*

De esta forma, resulta claro e irrefutable que el Consejo de Estado consideró que la Comisión de Regulación de Energía y Gas carece de competencia para reconocer los gastos de defensa judicial en que incurra el prestador de los servicios del CND, el ASIC y el LAC, a que se refieren los párrafos 2o y 3o del artículo 3 de la Resolución CREG 083 de 2002, gastos que se incluyeron en la metodología tarifaria actual mediante Resolución CREG 060 de 2009.

Por tanto, mal haría la Comisión en contrariar dicho precedente y expedir un acto administrativo cuya contradicción con la interpretación que de las Leyes 142 y 143 de 1994 hizo el Consejo de Estado, es evidente.

La empresa XM afirma en el recurso de reposición que la Resolución CREG 081 de 2007, modificada por la Resolución CREG 060 de 2009, no fue objeto de la declaración de nulidad por parte del Consejo de Estado y que, por tanto, se presume su legalidad y tiene fuerza ejecutoria. Además, afirma lo siguiente respecto de lo decidido en la Resolución CREG 047 de 2012:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

"La decisión del Regulador de negar el reconocimiento de los gastos de defensa judicial tiene graves implicaciones jurídicas, por cuanto la administración no tiene la capacidad legal de inaplicar una norma vigente en el ordenamiento jurídico, como son las Resoluciones CREG 081 de 2007 y 060 de 2009, so pretexto de dar aplicación a una Sentencia dictada en un proceso judicial que decidió sobre la validez de otra norma jurídica.

Se puede suponer, porque no está explícito en el acto administrativo que nos ocupa, que la CREG recurre al concepto de Precedente Judicial, como fuente indirecta de derecho, lo cual se cuestiona por varias razones:

1. En Colombia la Ley es la principal fuente del derecho administrativo, y obliga a los funcionarios y organismos públicos, y en ese sentido la Ley 142 de 1994 es categórica en determinar que se deben garantizar la recuperación de los costos de inversión y gastos propios de administración, operación y mantenimiento, a los prestadores de servicios públicos.

El Precedente Judicial sólo es fuente de derecho para las entidades administrativas, cuando se trate de Sentencias de Unificación del Consejo de Estado emitidas en los términos especificados en la Ley 1434 de 2011 – Nuevo Código Contencioso Administrativo (...)"

Al respecto, como primer punto, es importante indicar que el análisis y resolución del presente recurso de reposición debe hacerse dentro del marco de lo establecido en los artículos 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994, y en el Decreto 01 de 1984, del Código Contencioso Administrativo.

No es procedente referirse a la Ley 1437 de 2012 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", en cuyo artículo 308 se determinó lo siguiente:

***"Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.***

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."(Resaltado fuera de texto)*

Por tanto, la referencia que hace XM en su recurso, a las denominadas Sentencias de Unificación contempladas en el artículo 270 de la mencionada Ley 1437, no es acertada para el caso en concreto, en la medida en que la mencionada Ley solo se aplica para las actuaciones administrativas que se iniciaron, con posterioridad al 2 de julio de 2012. En el mismo sentido, tampoco es acertada la referencia a la sentencia C-539 de 2011, en la que se examinó la exequibilidad del artículo 270 nombrado.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

En efecto, la Corte examinó la procedencia de las Sentencias de Unificación a la luz de la Constitución Política, sin que eso quiera decir que deba desecharse toda la jurisprudencia anterior y actualmente vigente relativa al precedente judicial y a la obligatoriedad de las autoridades administrativas a acatarlo, aun cuando el mismo no se derive de las denominadas Sentencias de Unificación, creadas recientemente por la Ley 1437 de 2012.

En efecto, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en determinar que si bien el artículo 230 estableció que los jueces “sólo están sometidos al imperio de la Ley”, ello no se puede interpretar en un sentido estricto o literal. Ha dicho la Corte que la interpretación de la Ley por parte de las Altas Cortes también obliga a los jueces y más aún, a la administración. Esto es, que en situaciones con supuestos de hecho similares debe aplicarse la jurisprudencia que corresponda a tales supuestos de hecho.

En sentencia C-539 de 2011, la Corte analizó los cargos de inconstitucionalidad contra el artículo 14 de la Ley 1395 de 2010. La misma se considera como sentencia *hito* y recoge toda la línea jurisprudencial que al respecto ha dictado el Alto Tribunal. Allí se dijo lo siguiente:

*“La Corte reitera en esta oportunidad que todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.”*

**5.1** La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art. 1 CP; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art. 2–; de la jerarquía superior de la Constitución –art. 4–; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art. 29 CP; del derecho a la igualdad –art. 13 CP; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art. 83 CP; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.

(...)

**5.2.2** Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la

T

SCA

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorias dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

*aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.*

(...)

**5.2.4** Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha concluido que todos los funcionarios públicos, y por tanto todas las autoridades administrativas, deben acatar el precedente judicial, esto es, están en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por la autoridad judicial, para todas las situaciones fácticas análogas o similares. A este respecto ha dicho:

*'Esta definición de la correcta interpretación y aplicación de una norma, frente a un caso concreto, tiene por efecto que todo funcionario, no sólo judicial, está en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por el juez, de igual manera, en todo evento en el cual la situación fáctica concuerde, en lo esencial, con los hechos considerados al construirse la ratio decidendi.'*<sup>9</sup> (Resalta la Sala)

(...)

**5.2.5** De otra parte, ha señalado esta Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para **estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia**, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada"

Teniendo en cuenta los fundamentos antedichos, la Comisión de Regulación de Energía y Gas considera que la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en la que se declaró la nulidad de los párrafos 2o y 3o del artículo 3 de la Resolución CREG 083 de 2002, sí constituye precedente judicial y, por lo tanto, está obligada a acatarlo como autoridad administrativa que es, en virtud de lo contemplado en las Leyes 142 y 143 de 1994.

Por lo tanto, la conclusión del Consejo de Estado según la cual la CREG carece de competencia para reconocer los gastos de defensa judicial del caso, incide de manera directa y determinante en la actual aprobación de cargos para la remuneración de la prestación del servicio de CND, ASIC y LAC e impide su reconocimiento en la actual actualización tarifaria.

La CREG carece de competencia para expedir un acto administrativo que así lo haga y, por lo tanto, se abstendrá de hacerlo.

Así mismo, el Consejo de Estado al definir el ámbito de competencia material de la regulación, no solo establece la falta de competencia de la Comisión para

<sup>9</sup> Sentencia T-439 de 2000.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

incluir estos costos dentro de su facultad regulatoria, así como el alcance de esta facultad, sino que desde el punto de vista material, determina que “los honorarios por defensas judiciales no son asimilables a un costo operativo, ni a un costo de inversión ni a un costo de proyectos”.

Por ello, ese Alto Tribunal no solo determina la falta de competencia de la CREG, sino el ámbito mismo de la remuneración, ya que a su juicio, esta debe guardar una “relación directa e inescindible” con los servicios de despacho y coordinación, entendidos estos como los “Ingresos Regulados por costos operativos, por costos de inversión y por proyectos”. Es por esto, que lo que este por fuera de estos conceptos de acuerdo con lo expuesto por parte del Consejo de Estado no puede afectar la suficiencia financiera, ya que estos no hacen parte de un servicio que se realice en ejercicio de sus funciones del Centro Nacional de Despacho –CND, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado de Energía Mayorista –ASIC o que el Liquidador de los Intercambios Comerciales del Sistema Interconectado del sector eléctrico –LAC, presten a los agentes que participan en el Mercado de Energía Mayorista.

De la misma forma, no se demuestra ni se soporta debidamente, que el no reconocimiento de los gastos de defensa judicial para el quinto año del periodo tarifario, afecte la suficiencia financiera de la empresa, de forma tal, que se llegue a ver afectada la prestación de los servicios regulados.<sup>10</sup>.

Finalmente, es necesario referirnos al acápite número 5 de la argumentación de XM frente a su primera petición, denominado **“Principios Básicos de la Remuneración del CND-ASIC-LAC”**. Allí se discurre sobre la obligación de la CREG de dar aplicación al principio de suficiencia financiera contemplado en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994. Además, trascibe lo dicho por esta Comisión en Resolución CREG 024 de 2003 “*por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGES A.S.A E.S.P.*” en el sentido de sostener que los gastos en defensa judicial se consideraron como gastos asociados a la prestación del servicio y, por lo tanto, que la CREG actuaba dentro del marco de sus competencias en su reconocimiento.

XM concluye que “*este cambio abrupto en la posición de la CREG en adición al abierto desconocimiento del principio de suficiencia financiera, implican una abierta violación al principio de Confianza Legítima, con fundamento en el cual el Consejo de Estado ha reconocido protección para quienes realizan con el Estado actividades económicas o sociales, constitutivas de situaciones legales y reglamentarias (...)*”.

<sup>10</sup> Lo anterior, es concordante con lo dispuesto en la sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional, donde al analizar el criterio de suficiencia financiera determina que los costos y gastos que deben remunerar están relacionados con la prestación del servicio, al igual que estos criterios deben entenderse y analizarse de forma conjunta y no cada uno de forma aislada, al establecer la inexequibilidad de la primera frase del artículo 87.7 de la Ley 142 de 1994, relativo a la prioridad de los principios de eficiencia y suficiencia financiera.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

Además, manifiesta que “*como puede observarse, en la Resolución CREG 024 de 2003, la Comisión fue vehemente y contundente en la defensa de los principios tarifarios y sustentó que los gastos de defensa judicial reconocidos, corresponden a costos de funcionamiento asociados con las actividades cumplidas por el ASIC, el LAC o el CND en aplicación de la reglamentación vigente y en ejecución del contrato de mandato suscrito con estos agentes, y por tanto, son gastos inherentes a su función reglamentaria y contractual y en consecuencia, deben ser remunerados, razón por la cual no entendemos que se haya presentado un cambio de posición de la CREG, sin que medie una razón legal para la misma*”.

Tal y como se ha expuesto, el cambio de posición de la CREG obedece a las consideraciones del Consejo de Estado en la sentencia que declaró la nulidad parcial de la Resolución CREG 083 de 2002. Se reitera que la Comisión actúa siempre con absoluto respeto de la Ley y de las competencias que allí se contemplan para ella; sin embargo, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, interpretó las Leyes 142 y 143 de 1994 de tal manera que no consideró que esta Comisión tuviera competencia para reconocer los costos que se debaten.

De conformidad con la jurisprudencia trascrita, decantada y sentada durante años, le corresponde a la CREG acatar el precedente judicial referido sin dubitación alguna. Es esa la causa del cambio en la posición de la CREG, sin que se pueda considerar como violación al principio de confianza legítima y, mucho menos, apartado de la ley como lo quiere hacer ver XM.

Por todas las razones expuestas, se negará la solicitud de reposición de la Resolución CREG 047 de 2012 en referencia al reconocimiento de los gastos de defensa judicial asociados con demandas instauradas por los agentes del mercado, por la aplicación por parte del ASIC, el CND o el LAC de la reglamentación vigente, en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado, en la base tarifaria de XM.

**III. De la reposición en referencia con el no reconocimiento de gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011.**

**a. Fundamentos de la petición**

XM fundamenta su segunda petición de la siguiente manera:

“En lo que se refiere a la censura de la Resolución CREG 047 de 2012, por el no reconocimiento del costo de los recursos humanos requeridos como gasto permanente, para atender las auditorías al Centro Nacional de Despacho – CND - y al Liquidador y Administrador de Cuentas – LAC -, para el período tarifario junio 2012 – mayo 2013, por un valor de \$661 millones (pesos de 2007), pasamos a exponer las razones en las cuales se sustenta el Recurso de Reposición interpuesto.



Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

El diseño organizacional actual de estructura, procesos y personas de XM está concebido para entregar los productos y servicios regulados definidos en la actualidad, dentro de los cuales no se contempló la atención de una nueva auditoría externa que implica un proceso de contratación, explicaciones al auditor sobre el funcionamiento del mercado y de las actividades desarrolladas por el CND y el LAC, dada la complejidad y especialidad de tales procesos; atención permanente de reuniones, requerimientos de información y aclaraciones según las necesidades del auditor, estructurar ambientes tecnológicos para que el auditor tenga acceso a información, salvaguardando la integridad de la misma, entre otras actividades de coordinación y gestión de información.

Lo anterior implica que se requiere que personas del CND y el LAC, que ejecutan actividades inherentes a la operación del sistema y a la liquidación y administración de cuentas del SIN, dejen de ejecutar dichas actividades para atender un equipo de auditoría externa. Es importante resaltar que cualquier metodología de auditoría contempla la necesidad por parte del auditor de una interacción con los responsables de los procesos, de otra forma la auditoría no lograría su objetivo.

En este sentido, XM solicitó gastos permanentes equivalentes a personas dedicadas tiempo completo, considerando la capacidad de los procesos y el análisis histórico de atención de la auditoría del ASIC. Es de anotar que la auditoría al LAC puede ser en la dimensión que le implica a XM atenderla, comparable a la del ASIC, mas no así la del CND, la cual claramente es mucho más compleja y demandaría de XM mucha más atención e interacción.

Vale la pena anotar que los costos derivados de la atención a la auditoría externa a los procesos del ASIC y de las Transacciones Internacionales de Electricidad, fueron contemplados desde la constitución de XM y por tanto, ya fueron aprobados por la Comisión. En este sentido, el costo solicitado corresponde únicamente al cambio regulatorio derivado de la Resolución CREG 155 de 2011.

Tal como se sustentó en la solicitud de ajuste anual, y con base en el conocimiento acumulado que tiene XM por la ejecución de la auditoría al ASIC, podemos afirmar que su duración total se aproxima a los 6 meses y que normalmente se ha requerido la dedicación exclusiva de 4 personas en forma equivalente por todo el semestre para la atención de dicha auditoría. Esta equivalencia se calcula de acuerdo con el tiempo parcial dedicado por múltiples personas de diferentes áreas o procesos, en diferentes momentos del tiempo de planeación, ejecución y cierre de la auditoría.

En un horizonte anual, la dedicación equivalente para la auditoría del ASIC es de 2 personas aproximadamente. A partir de este análisis estadístico, XM solicitó 2 personas equivalentes anuales para atender la auditoría del LAC y 3 personas para atender la auditoría del CND en forma permanente.

Como parte del análisis, es preciso tener en cuenta que procesos como los ejecutados por el CND, no corresponden a la simple aplicación de reglas matemáticas o procedimentales, sino que consideran además las técnicas de ingeniería adecuadas para cada proceso, apoyándose siempre en personal experto y bien entrenado, en la información suministrada tanto por los sistemas de supervisión y control como por los agentes.

10.

SCA

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

Por lo anterior, la atención de la demanda en forma segura, confiable y con calidad, no consulta solo la normatividad vigente, sino que requiere el criterio y la experiencia propios de los expertos en el asunto para la toma de decisiones de tiempo real.

En este orden de ideas, para la revisión de las acciones operativas realizadas en el pasado, debe tenerse en cuenta las situaciones de tiempo y modo que reinaban al momento de su ejecución, lo que requerirá un esfuerzo del auditor, más allá del análisis frío de la aplicación de la regulación y en consecuencia, se impone la interacción permanente con personal de los procesos, de tal manera que cada situación en particular auditada pueda contar con la documentación y las explicaciones requeridas para la reconstrucción de los hechos y los datos, necesarios para que al auditor pueda realizar su labor cabalmente.

Con los recursos solicitados por XM en la solicitud de ajuste al ingreso, se garantiza que el auditor pueda contar con lo anterior, sin poner en riesgo la ejecución de las funciones asignadas al CND y al LAC. El no reconocimiento de estos dineros puede poner en riesgo la ejecución de los procesos de la operación del Sistema Interconectado Nacional - SIN - y de la liquidación y administración de cuentas de los cargos por uso de la redes del SIN - LAC -, toda vez que se tendría que dedicar tiempo del personal de línea para atender a la auditoría.

Preocupa a XM el cumplimiento de los plazos regulatorios para los procesos del CND y del LAC, así como de los criterios de calidad establecidos en la regulación vigente, dado el tiempo de dedicación a las auditorías sin el personal suficiente para ello.

## CONCLUSIÓN SEGUNDA PARTE

En esta segunda parte, se expusieron los elementos que permiten concluir la necesidad de autorizar los recursos necesarios para asumir los Gastos permanentes de personal para la ejecución de lo dispuesto en la Resolución CREG 155 de 2011.

Consideramos que no reconocer gastos permanentes de personal para atender las auditorias mencionadas, puede poner en riesgo la ejecución de los procesos de la operación del Sistema Interconectado Nacional - SIN - y de la liquidación y administración de cuentas de los cargos por uso de la redes del SIN - LAC -, toda vez que se tendría que dedicar tiempo del personal de línea para atender a la auditoría.”

### b. Análisis de la petición y sus fundamentos

En el examen del texto del recurso, mediante la comunicación S-2012-002899, de fecha 16 de julio de 2012, la CREG requirió a XM contestar las siguientes preguntas:

- a. Del texto del recurso de reposición entendemos que el recurso humano adicional (3 personas en el CND y 2 en el LAC) se solicita porque parte del recurso humano actual que conoce los procesos se dedicará a la atención de las auditorías, necesitándose contratar personal adicional.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

¿Cuántas personas del recurso humano actual estima XM que dedicará a la atención de las auditorías?

¿Qué clase de profesionales en el CND y en el LAC XM va a dedicar a la atención de las auditorías?

¿Las nuevas personas tendrían el mismo perfil de recurso laboral actual que XM dedicaría a la atención de las auditorías?

- b. XM advierte que de acuerdo con la experiencia de las auditorías del ASIC, en donde se han requerido 2 personas en forma permanente, hizo la estimación de 3 personas para el CND y 2 para el LAC. Al respecto solicitamos reportar la información estadística que lleva a concluir la solicitud del personal adicional.

XM, en la comunicación E-2012-006831, de fecha 23 de julio de 2012, contestó lo siguiente:

Pregunta:

*"a. Del texto del recurso de reposición entendemos que el recurso humano adicional (3 personas en el CND y 2 en el LAC) se solicita porque parte del recurso humano actual que conoce los procesos se dedicará a la atención de las auditorías, necesitándose contratar personal adicional.*

¿Cuántas personas del recurso humano actual estima XM que dedicará a la atención de las auditorías?

Respuesta:

Se estima que para la atención de las auditorías establecidas en la Resolución CREG 155 de 2011, estaremos dedicando varios especialistas de diferentes áreas o procesos, los cuales a su vez participarán en diferentes momentos del tiempo de planeación, ejecución y cierre de la auditoría, conforme se vaya requiriendo.

Las auditorías CND y LAC involucran, entre otros, los siguientes macro procesos:

- Liquidar y facturar STN
- Liquidar STR
- Liquidar ADD
- Cálculo de Indicadores de calidad
- Análisis eléctrico del Largo Plazo y Mediano Plazo
- Análisis energético del Largo Plazo, Mediano Plazo y Corto Plazo
- Gestión desconexión de equipos
- Obtener ofertas
- Despacho programado
- Preclasificación
- Análisis eléctrico
- Análisis energético
- Coordinar maniobras
- Controlar frecuencia y tensión
- Registro y validación de eventos y maniobras

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

- Informe diario de operación
- Procesar información histórica
- Suministro de información
- Pruebas y verificación de parámetros

Teniendo en cuenta lo anterior y que adicionalmente se requerirá el apoyo de las áreas transversales a los negocios para ambas auditorías, como son, entre otras: Auditoria Interna, Secretaría General y Asuntos Regulatorios y la Dirección de Tecnología, hemos estimado la necesidad de dedicar alrededor de nueve (9) personas en diferentes áreas para atender las auditorías del CND y del LAC y en diferentes momentos de la auditoría. Este personal tendrá a su cargo capacitar al auditor y soportar las solicitudes de información, siempre involucrando a los diferentes equipos de trabajo, de manera que se garantice la atención oportuna a la auditoría y la calidad requerida por los procesos para el día a día. Lo anterior equivale a dedicar 5 personas de tiempo completo para atender ambas auditorías y la implementación de las recomendaciones resultantes.

Pregunta:

*¿Qué clase de profesionales en el CND y en el LAC XM va a dedicar a la atención de las auditorías?*

Respuesta:

Respecto a la clase de profesionales del CND y del LAC que se dedicarán a la auditoría, cabe anotar que es un conjunto interdisciplinario, liderado por personal con el cargo de especialista, que serán quienes estarán de frente a la coordinación de las actividades y suministro de información de las auditorías, apoyados por los ingenieros especialistas y analistas pertenecientes a cada uno de los procesos, de manera que se garantice la calidad, confiabilidad y seguridad del día a día, pues no se descuidan los procesos y se puede dar oportuno cumplimiento a los diferentes requerimientos de las auditorías. Es de resaltar, que las personas que participan en la atención de la auditoría son ingenieros que conocen los procesos, la reglamentación aplicable a cada uno de ellos y el manejo de la información asociada, de manera que se optimiza también de este modo el manejo de los recursos en XM.

Pregunta:

*¿Las nuevas personas tendrían el mismo perfil de recurso laboral actual que XM dedicaría a la atención de las auditorías?*

Se contrata personal con el perfil de analista. Las nuevas personas refuerzan el día a día de los diferentes equipos de trabajo, que como se indicó anteriormente, permiten garantizar la atención de los procesos conforme a lo establecido en la reglamentación vigente, resaltando además que estos nuevos ingenieros hacen parte integral de equipos de trabajo que cuentan con la combinación de personas con la formación y experiencia requerida para lograr los diferentes objetivos.

Pregunta:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

*'XM advierte que de acuerdo con la experiencia de las auditorias del ASIC, en donde se han requerido 2 personas en forma permanente, hizo la estimación de 3 personas para el CND y 2 para el LAC. Al respecto solicitamos reportar la información estadística que lleva a concluir la solicitud del personal adicional.'*

Al respecto debemos informar que la atención de la auditoría del ASIC-TIEs del año 2011, implicó la realización de las actividades que a continuación se enuncian, en las cuales participaron personas de las distintas áreas relacionadas con el alcance de dicha auditoría y de las áreas de apoyo transversal a las mismas:

- Proceso contractual para la selección de la firma auditora
- Coordinación logística de la auditoría
- Capacitación e inducción del personal de la firma auditora
- Atención de entrevistas con cada uno de los procesos de XM involucrados en el alcance
- Preparación y procesamiento de la información solicitada por el Auditor en desarrollo de la auditoría
- Análisis y revisión de los hallazgos, reuniones en las cuales se realizan aclaraciones y explicaciones necesarias por parte del personal de XM.
- Análisis y Comentarios de los procesos involucrados en la auditoría a los informes preliminares presentados por el auditor
- Definición del plan de acción por parte de los procesos de XM acerca de los hallazgos definitivos
- Reuniones internas de presentación de informes finales
- Establecimiento del plan de mejoramiento de corto, mediano y largo plazo
- Presentación y remisión de informes a público objetivo (CREG, CAC)
- Implementación de acciones de mejoramiento
- Seguimiento a la implementación de los planes de mejoramiento y cumplimiento de plan de acción
- Seguimiento al cumplimiento del contrato con la firma auditora y gestión contractual

Estas actividades se desarrollaron en un plazo de 6 meses que fue el tiempo de ejecución de la auditoría ASIC-TIEs. Así mismo, hasta la fecha se tiene personal dedicado a la ejecución de los planes de mejoramiento. De igual manera debe tenerse en cuenta el tiempo necesario para la gestión de la etapa precontractual y de cierre del contrato que requirió dos meses más.

Con base en lo anterior, a continuación detallamos las horas de dedicación de personal durante el año 2011, para llevar a cabo la auditoría regulada de ASIC-TIEs:

17

SGK

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

Área	Horas Invertidas 2011
Auditoría Interna	1430
Gerencia CND	885
Dirección Tecnología	500
Gerencia de Operaciones Financieras	361
Abastecimiento	40
Secretaría General y Asuntos Regulatorios	20
<b>Total</b>	<b>3236</b>

Estas 3236 horas equivalen a la dedicación de tiempo de 1.7 personas de forma permanente durante un año, teniendo en cuenta un tiempo promedio de horas laborales mensuales de 160”.

Los análisis que derivaron en la decisión de no reconocer los gastos permanentes de personal que se ocasionan con las auditorías que se requirieron en la Resolución 155 de 2011, se originaron en el hecho de que el regulador ordenó la realización de unas auditorías externas a los procesos regulados que desarrolla el Centro Nacional de Despacho, CND, y el Liquidador y Administrador de Cuentas, LAC, y no se evidenció en la solicitud la razón por la cual unas auditorias externas se traducían regulatoriamente en la necesidad expresa de contratar personal adicional.

Ahora, de acuerdo con la información suministrada, como de los argumentos que motivan el recurso, el recurrente alega la necesidad de contratar un mayor número de recurso humano para el ejercicio de estas actividades, lo cual a su juicio, genera que se deba reconocer los gastos permanentes de personal que esto ocasiona.

Sin embargo, para efectos tarifarios y regulatorios, únicamente se encuentra justificado el reconocimiento de los costos de las auditorias externas a los procesos regulados que desarrollan el Centro Nacional de Despacho, CND, y el Liquidador y Administrador de Cuentas, LAC, ordenadas en la Resolución CREG 155 de 2011, tal como fueron reconocidos en su totalidad en la Resolución CREG 047 de 2012, según la estimación que presentó XM en la solicitud.

Adicionalmente, es posible que como resultado de las auditorías resulte imperioso un plan de mejoramiento en algunos de los procesos regulados. No obstante, los mayores costos que se deriven de esa situación no se pueden reconocer con la metodología vigente en el entendido de que a XM se le ha reconocido el costo del 100% de los procesos que requiere para atender con la mayor calidad las tareas del CND, ASIC y LAC.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su Sesión 532 del 24 de agosto de 2012 adoptó la presente decisión.

11.

10

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011

**R E S U E L V E:**

**Artículo 1.** No reponer la Resolución CREG 047 de 2012 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial y los gastos permanentes de personal para la atención de las auditorías dispuestas en la Resolución CREG 155 de 2011, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

**Artículo 2.** La presente Resolución deberá notificarse a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. y publicarse en el *Diario Oficial*. Contra la presente Resolución no procede recurso alguno por agotamiento de la vía gubernativa.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., el día 24 AGO. 2012

  
**MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARÍA**

Ministro de Minas y Energía  
Presidente

  
**GERMÁN CASTRO FERREIRA**

Director Ejecutivo