



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 010 DE 2016

(05 FEB. 2016)

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 229 de 2015

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 los decretos 1524 y 2253 de 1994 y 1260 de 2013.

CONSIDERANDO QUE:

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los literales c) y d) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, es función de la CREG definir la metodología para el cálculo de los cargos por los servicios de despacho y coordinación prestados por el Centro Nacional de Despacho y aprobar los respectivos cargos.

Según los artículos 23, literal c, y 32 de la Ley 143 de 1994 y los artículos 167 y 171 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 30 de la Resolución CREG 024 de 1995, la Comisión debe establecer los costos de funcionamiento del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales.

De acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos 7 y 8 de la Resolución CREG 174 de 2013, a más tardar el 30 de septiembre de cada año, la empresa a cargo de los servicios del CND, ASIC y LAC puede solicitar a la CREG el ajuste de las inversiones y los gastos operativos aprobado por la CREG.

Mediante la comunicación con radicado CREG E-2015-010098 la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. (en adelante XM) solicitó el ajuste al ingreso regulado para el año 2016.

Mediante auto I-2015-005117 del 23 de octubre de 2015 y para cumplir con lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el Diario Oficial se publicó un extracto con el resumen de la actuación administrativa con el objeto de decidir la solicitud de

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 229 de 2015

ajuste al ingreso máximo para el año 2016, Expediente 2015-0116. Así mismo, mediante el aviso No. 084 del 23 de octubre de 2015 se publicó en la página web de la CREG el extracto con el resumen de la actuación administrativa.

Como parte de esta actuación administrativa, mediante comunicaciones S-2015005080, S-2015-005183 y S-2015-005289 la CREG procedió a solicitar una serie de aclaraciones en relación con la información remitida como parte del ajuste solicitado por parte de XM. Dichas solicitudes fueron atendidas por XM mediante comunicaciones E-2015-012684, E-2015-012764, E-2015-013073 y E-2015-013074.

Dentro del trámite de la presente actuación administrativa y como parte de las aclaraciones a la información, mediante comunicación con radicado CREG E-2015-013073, XM informó que por efectos de la adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera - NIIF en el año 2015, se presentaron algunos cambios en algunas cuentas de gastos operativos que afectan la aplicación del menú de contratos definido en la metodología de la Resolución CREG 174 de 2013.

De acuerdo con lo anterior, mediante auto I-2015-006506 del 15 de diciembre de 2015 la Comisión, de acuerdo con lo expuesto por XM en esta comunicación y atendiendo lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley 142 de 1996, en concordancia con los fines y objetivos previstos en la metodología de la Resolución CREG 174 de 2013, en particular para el reconocimiento de los gastos operativos dentro de la remuneración de las actividades de CND, ASIC y LAC, inició de manera oficiosa una actuación administrativa a fin de revisar lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CREG 168 de 2014 relativo al gasto operativo de referencia, GOPRt. Así mismo, esta actuación fue acumulada a la actuación administrativa que se venía adelantando a fin de resolver la solicitud de ajuste al ingreso regulado para el año 2016 en aplicación de lo previsto en el inciso primero del artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Mediante la Resolución CREG 229 de 2015 la Comisión llevó a cabo el ajuste a la remuneración de los servicios regulados del CND, ASIC y LAC para el año 2016 y resolvió la revisión tarifaria de oficio que se venía adelantando con respecto al ajuste al ingreso regulado de los servicios de CND, ASIC y LAC para el tercer año del período tarifario.

II. RECURSO DE REPOSICIÓN

1. La admisibilidad del recurso

Mediante escrito radicado en esta Comisión a través de la comunicación de 19 de enero de 2016 con radicado número E-2015-000355, XM por intermedio de su representante legal presentó recurso de reposición contra la Resolución CREG 229 de 2015, para lo cual realiza las siguientes solicitudes:

- #1. Que se modifique el artículo 3 de la Resolución 229 de 2015, en el sentido de que se reconozca por concepto de Gastos Operativos de Referencia - GOPRt - para el tercer año del periodo tarifario un valor de cincuenta y siete mil seiscientos*

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 229 de 2015

setenta millones ochocientos veintiocho mil pesos \$57.670.828.000 en pesos de diciembre de 2013. Valor que incluye la aprobación de gastos permanentes por cuatrocientos setenta y nueve millones quinientos mil pesos (\$479.500.000), asociados a las Resoluciones CREG 178 y 179 de 2014 y 038 de 2014.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se modifique la tabla del numeral 7.1 del Documento CREG 148 de 2015:

(...)

Se solicita que la Tabla 17 quede así:

GOPR2	57.191.328.000
Ajuste GOP año 3	479.500.000
GOPR3	57.670.828.000

3. Que se reconozca el impacto financiero ocasionado por la adopción de las NIIF, correspondientes al cálculo actuarial bajo NIIF, que como consecuencia de la adopción de estas normas debió reconocerse en las utilidades retenidas del Estado de Situación Financiera de Apertura (ESFA), generando una significativa disminución patrimonial para la Compañía que como se justificó previamente es real y no meramente contable y que no se verán reflejados en el nivel de gastos ejecutado, por valor de once mil quinientos cuatro millones doscientos setenta y un mil veintinueve pesos (\$11.504.271.029).

Para tales efectos, proponemos las siguientes opciones:

- i) Que este valor sea incorporado dentro del Ajuste del Gasto Operativo para el año 2016, más el impacto fiscal por el incremento de la tarifa del impuesto sobre la renta en dicho año.
- ii) Que este valor sea distribuido e incorporado dentro del Ajuste del Gasto Operativo de los años 2016, 2017 y 2018, más el impacto fiscal por el incremento de la tarifa del impuesto sobre la renta en dichos años.

4. Que toda vez que el error que se presentó en el entendimiento de la solicitud de reconocimiento de los efectos de la aplicación de las normas NIIF, gira alrededor de que algunos conceptos que componen el cálculo actuarial ya no serán presentados como gastos operativos, de acuerdo con la disposición de la SSPD antes relacionada, se solicita que se permita:

- i) Incluir dentro de los conceptos que conforman el gasto operativo ejecutado (GOPERt), el valor correspondiente al costo financiero del cálculo actuarial, el cual establece la SSPD que debe ser reconocido dentro del rubro de ‘Otros Gastos’ (Código 999107 - Resolución N° SSPD-20151300028355 del 19/ago/2015)’.
- ii) Incluir dentro de los conceptos que conforman el gasto operativo ejecutado (GOPER,), el valor correspondiente al valor del cálculo actuarial que establece la SSPD debe ser reconocido dentro del ‘Otro resultado integral, antes de impuestos, ganancias (pérdidas) por nuevas mediciones de planes de beneficios definidos’ (Código 999138 - Resolución N° SSPD - 20151300028355 del 19/ago/2015).”

La Resolución CREG 229 de 2015 fue notificada a XM el día 9 de enero de 2016 atendiendo lo dispuesto en el artículo 56¹ de la Ley 1437 de 2011. El recurso de

1/“Ley 1437 de 2011. Artículo 56. Notificación electrónica. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

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 229 de 2015

reposición fue interpuesto mediante correo electrónico de día 18 de enero de 2016 con radicado número E-2016-000355, razón por la cual se establece que dicho recurso fue radicado dentro del término previsto en el artículo quinto de la parte resolutive del acto recurrido.

En virtud de lo anterior y una vez verificado el cumplimiento de los requisitos a los que hace referencia el artículo 77² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Dirección Ejecutiva de la CREG a pronunciarse en relación con los argumentos en que se sustenta la impugnación.

2. Fundamentos del recurso

Los argumentos de XM están dirigidos a impugnar parcialmente la Resolución CREG 229 de 2015, en particular el artículo 3, a efectos de que la Comisión modifique los Gastos Operativos de Referencia, GOPRt, del año 2016, reconociendo para el tercer año del periodo tarifario un valor de cincuenta y siete mil seiscientos setenta millones ochocientos veintiocho mil pesos \$57.670.828.000 en pesos de diciembre de 2013 más un incremento de once mil quinientos cuatro millones doscientos setenta y un mil veintinueve pesos (\$11.504.271.029) proveniente del impacto financiero ocasionado por la adopción de las NIIF, correspondientes al cálculo actuarial, así como incluir en el gasto operativo ejecutado los valores correspondientes al costo financiero del cálculo actuarial y el valor del cálculo actuarial. En sentido la empresa manifiesta lo siguiente:

“I. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN DEL RECURSO.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece con respecto a la oportunidad y presentación del Recurso de reposición contra los actos administrativos, lo siguiente:

Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

(...)

En ese orden de ideas, el acto administrativo ha reducido a la mitad los términos legales a los cuales tiene derecho el administrado para interponer los

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.”

2 “Artículo 77. Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.
2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.
4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio. (...)”

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 229 de 2015

recursos y ejercer el derecho al debido proceso que le reconoce la Constitución Política. En ese orden de ideas, solicitamos a la CREG modificar el Artículo 5 de la Resolución 229 de 2015 y reconocer los plazos de Ley.”

II. SUSTENTACIÓN DE LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

(...)

- Como resultado de la actuación surtida, se expidió la Resolución CREG 229 de 2015. En el artículo 3 de la citada Resolución se aprueban los Gastos Operativos de Referencia, GORP, para el año 2016, por valor de \$55.870.828.0000 en pesos de diciembre de 2013. Valor que no solo no reconoce los valores adicionales solicitados por XM sino que además sustrae de dicho concepto la suma de \$1.800.000.000 por el entendimiento erróneo de que XM ya no tendría que seguir asumiendo mayores costos derivados de la actualización actuarial.

- En el numeral 6.2 del documento soporte de la Resolución CREG 229 de 2015 (Documento CREG 146 de diciembre 16 de 2015) se dispone:

Argumentación con respecto a la cual manifestamos nuestro desacuerdo por lo siguiente:

(...)

1. Nuestra solicitud estuvo orientada a que se reconociera el impacto por la diferencia entre los cálculos actuariales (Norma Colombiana vs NIC 19) determinada con corte al 31 de diciembre de 2013, toda vez, que en aplicación de las NIIF la Compañía debió registrar dicha diferencia inmediatamente en sus estados financieros, afectando el rubro de utilidades retenidas (v. g. Resultados de ejercicios anteriores). Es decir, que para efectos de la elaboración del Estado de situación Financiera de Apertura (ESFA) se realizó una medición de las obligaciones actuariales de la Compañía a esa fecha y con base en los principios de la NIC 19 y como resultado de dicho cálculo la Compañía debió actualizar el valor del pasivo por tales obligaciones y como contrapartida afectarlas utilidades retenidas. Por tanto, como solo se trató de una nueva medición, la Compañía deberá continuar reconociendo en sus estados financieros de los años 2014 (transición), 2015 y siguientes (aplicación obligatoria) las variaciones que sufra el cálculo actuarial en función de los nuevos derechos que van adquiriendo los empleados por la prestación de sus servicios, así como por la actualización del valor de los mismos.

2. Es un hecho real que la Compañía tiene la obligación de reconocer los gastos por concepto de cálculo actuarial de acuerdo con las variaciones que se presenten, prueba de ello, es que en los años 2014 y 2015, se han reconocido gastos regulados por este concepto por valor de \$3.146.947.926 y \$2.876.217.952, respectivamente, afectando el gasto operativo ejecutado y por tanto se presenta un impacto financiero negativo para XM.

IV. CAMBIOS NORMATIVOS QUE IMPACTAN LA REMUNERACIÓN.

La adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), implica un cambio en el reconocimiento y presentación en los estados financieros de las obligaciones correspondientes al cálculo actuarial (NIC 19), con las siguientes consecuencias:

ES

CPC

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 229 de 2015

1. El valor del cálculo actuarial bajo NIIF es mayor que el cálculo actuarial bajo norma colombiana, debido a:
 - a. Los beneficios post-empleo por educación y salud del personal activo, en la normatividad contable colombiana se permitía su diferimiento y amortización en el tiempo, en tanto, que bajo las NIIF, estos valores deben amortizarse inmediatamente se inicia el proceso de adopción, afectando la cuenta de utilidades retenidas (v.g. utilidades de ejercicios anteriores).
 - b. Los conceptos de prima de antigüedad y quinquenios que bajo la legislación colombiana no hacen parte de este cálculo, si se incluyen en el cálculo para efectos de las NIIF. (...)

Como puede observarse, la Compañía debió realizar el reconocimiento contable inmediato de obligaciones que bajo la normatividad colombiana hubiera registrado en años futuros, distribuidos en un horizonte de tiempo que finalizaría en el año 2076, por valor de once mil quinientos cuatro millones doscientos setenta y un mil veintinueve pesos (\$11.504.271.029).

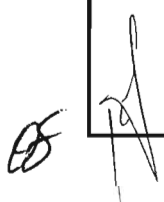
Por tanto, estos valores corresponden a gastos reales asociados a la prestación de los servicios personales de cada uno de los empleados que gozan de dichos beneficios y los mismos serán efectivamente pagados a estos en la medida que se cumplan las condiciones para ello. Sin embargo, estos no se verán reflejados en la ejecución de los gastos operativos, los cuales sirven de referencia al regulador para definir la remuneración de XM, ya que las NIIF obligaron a su reconocimiento inmediato, directamente en el patrimonio contra las utilidades retenidas y, por ello, generan una afectación financiera real y de alto impacto, por lo cual se está solicitando su reconocimiento.

2. En virtud de lo establecido en la 'Norma Internacional de Información Financiera 1 Adopción por Primera vez', la Compañía deberá determinar el pasivo correspondiente a los planes de prestaciones definidas con corte a la fecha del Estado de Situación Financiera de Apertura (ESFA) y si este es mayor que el pasivo que ha sido reconocido en la misma fecha por la Compañía siguiendo sus anteriores políticas contables, la Empresa deberá realizar el reconocimiento inmediato de esta diferencia contra las utilidades retenidas.

El cálculo actuarial que elabora el experto actuarial corresponde a las obligaciones que tiene la compañía con sus empleados, asociados a los servicios que ya fueron prestados, es decir, que corresponden a la cuantificación de un gasto real, el cual debe reconocerse en los estados financieros en virtud del principio de realización. Este cálculo actuarial está compuesto por varios conceptos, cuyo reconocimiento en los estados financieros es el siguiente:

- a) Costo del servicio corriente: (...)
- b) Interés neto sobre el pasivo (activo) por beneficios definidos: (...)
- c) Ganancias/pérdidas actuariales: (...)

Con base en lo anterior, tenemos que bajo NIIF, la compañía continúa teniendo anualmente una variación en sus obligaciones actuariales (Costo del servicio corriente + Interés neto sobre el pasivo (activo) por beneficios definidos + Ganancias/Pérdidas actuariales), la cual ha traído consigo incluso un mayor gasto en el Estado de Resultados que el que se venía registrando bajo la norma colombiana. A continuación mostramos el gasto por concepto de cálculo



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 229 de 2015

actuarial que se ha registrado en el Estado de Resultados bajo NIIF en los periodos 2014 (año de transición) y 2015 (año de aplicación obligatoria), el cual se encuentra debidamente soportado con el certificado expedido por el actuario que preparó los cálculos actuariales para dichos periodos:

(...)

Es pertinente mencionar, que bajo la norma contable colombiana no existía la discriminación anterior, por lo que la totalidad del gasto por el incremento del cálculo actuarial se reconocía dentro de los gastos operativos de la Compañía.

Ahora, en aplicación de las normas NIIF y de la Resolución No SSPD 29151390926355 del 19 de agosto de 2015, ya solo se reconoce como gasto operativo lo asociado con el 'costo del servicio corrientes', mientras que el valor del 'costo por intereses en la obligación por beneficio definido' se debe reconocer en el grupo de 'otros Gastos' (código 999197) y las 'ganancias/pérdidas actuariales' se deberán presentar en el grupo 'Otro Resultado Integral-ORI'. Por lo que, para efectos del Gasto Operativo Ejecutado que se calcule a partir del año 2015 con base en la clasificación de la información exigida por las NIIF y la mencionada resolución de la SSPD, se deberá permitir que se incluyan estos dos últimos conceptos, ya que son los tres conceptos los que componen el gasto total que debe asumir la compañía, asociada con los beneficios incluidos en el cálculo actuarial que tiene acordados con los empleados.

Vale anotar, que como el anterior valor corresponde a los gastos totales de la compañía, a continuación mostramos solo lo que está relacionado con los servicios regulados, valor que se encuentra sustentado en el certificado expedido por el contador de la compañía:

(...)

Tal y como puede apreciarse, es forzoso concluir que los gastos por cálculo actuarial en vez de desaparecer, presentan un incremento en aplicación de las NIIF para los años 2014 y 2015 y continuarán con este comportamiento en el 2016 de acuerdo con la proyección del actuario, lo que hace que en definitiva la disminución del GOPRt propuesto por la Comisión no sea admisible, por cuanto no se compadece con la realidad y por el contrario genera una grave afectación a los estados financieros de la compañía afectando gravemente la suficiencia financiera de XM. (...)"

Para efectos de sustentar estos argumentos, XM realiza la solicitud de las siguientes pruebas:

- “1. Téngase como pruebas el marco legal y regulatorio citado en los antecedentes y fundamentos del Recurso de Reposición.
2. Con el fin de realizar una explicación detallada de los hechos en que se fundamenta el presente recurso, solicitamos a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la celebración de una audiencia.
3. Solicitud de reconocimiento de los Impactos en la remuneración de los servicios CNO, ASIC y LAC por la adopción de las Normas de Información Financiera-NIF-en Colombia, cítese XM 019730-1
4. Certificado de la empresa VolRisk quien presta a XM sus servicios profesionales para la elaboración de los cálculos actuariales bajo norma colombiana y bajo la Norma Internacional de Contabilidad 19.

DS

CPC

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 229 de 2015

5 Certificado de la empresa Contabler SA quien presta a XM sus servicios profesionales en materia contable.”

III. Análisis de los argumentos expuestos por XM en el recurso. Consideraciones de la CREG

1. Oportunidad y término para interponer el recurso de reposición

En relación con este argumento se debe precisar que el mismo ha sido manifestado por XM y analizado por la CREG dentro de las actuaciones administrativas adelantadas por esta Comisión, incluyendo aquellas en las que se ha resuelto el ajuste al ingreso regulado para los servicios de CND, ASIC y LAC, razón por la cual y frente a la improcedencia de este argumento se debe reiterar lo expuesto por esta Comisión en la Resolución CREG 060 de 2014, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 029 de 2014, en la cual se expuso lo siguiente:

“En relación con el argumento relativo a la aplicación del inciso primero del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 dentro de las actuaciones administrativas que adelanta la CREG en ejercicio de su facultad regulatoria, en particular, respecto del término y oportunidad con el que se cuenta para interponer el recurso de reposición en contra de las decisiones adoptadas por la Comisión, se debe precisar que en los artículos 2 y 3 de esa misma ley, se establece el ámbito de aplicación de las disposiciones de la parte primera³ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Dichas normas disponen lo siguiente:

‘Artículo 2°. Ámbito de aplicación. (...)

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, **sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.**

Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.”(Subrayado fuera de texto)

La Ley 142 de 1994 en sus artículos 1 y 186 ha precisado el ámbito de aplicación de esta norma dentro de la legislación a la que se sujeta la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de gas combustible, frente a lo cual disponen lo siguiente:

‘Artículo 1o. Ámbito de aplicación de la ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, **energía eléctrica,** (...);” (Subrayado fuera de texto)

‘Artículo 186. Concordancias y derogaciones. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. **En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá**

³ Procedimiento Administrativo.

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 229 de 2015

ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta Ley objeto de excepción, modificación o derogatoria. (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, dentro de dicho ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994, en los artículos 106 y siguientes se incorpora una serie de disposiciones especiales que hacen referencia a las actuaciones y procedimientos administrativos que adelantan las autoridades en materia de servicios públicos domiciliarios, incluyendo las comisiones de regulación.

En ellas se prevé, entre otras materias, la forma en que se deben adelantar las citaciones para la notificación personal de los actos administrativos, el período probatorio, las facultades para la práctica de pruebas, así como el término con el que se cuenta para la interposición de recursos en contra de las decisiones adoptadas por las autoridades en materia de servicios públicos.

En particular los artículos 106 y 113 de la Ley 142 de 1994 disponen lo siguiente:

‘Artículo 106. Aplicación. Las reglas de este capítulo se aplicarán en todos aquellos procedimientos de las autoridades que tengan el propósito de producir los actos administrativos unilaterales a que dé origen el cumplimiento de la presente Ley, y que no hayan sido objeto de normas especiales.’ (Subrayado fuera de texto)

Artículo 113. Recursos contra las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas. Salvo esta Ley disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación.’ (Subrayado fuera de texto)

Ahora, dentro de las reglas en materia de interpretación de normas y hermenéutica jurídica, el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, como parte de la aplicación del criterio para solucionar antinomias ‘*lex specialis derogat generali*’, estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general:

‘Artículo 5o. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla. Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general (...)’ (Subrayado fuera de texto)

En relación con lo anterior, es claro que el artículo 113 de la Ley 142 de 1994 y el término de cinco (5) días para la interposición del recurso de reposición en contra de las decisiones adoptadas por la CREG, una vez estas hayan sido notificadas según corresponda, es una norma especial que tiene prevalencia o aplicación preferente sobre la norma general prevista en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

La aplicación del término de 10 días para la interposición de recursos obedece a la regla general de las actuaciones administrativas cuando no exista una norma

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 229 de 2015

especial que regule esta materia, tal como lo prevé el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, lo cual no ocurre en el caso concreto. Por el contrario, existe una norma especial dentro las actuaciones adelantadas por la CREG, como es el artículo 113 de la Ley 142 de 1994.

(...)

El artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 es claro en definir que la aplicación, en este caso, de las normas en materia de procedimiento administrativo son la regla general mientras no exista norma especial. Igualmente, la Ley 142 de 1994 en sus artículos 1, 184 y 105 son igualmente claros en precisar el carácter especial que tiene esta norma, como las disposiciones especiales en materia de procedimientos adelantados por las autoridades de servicios públicos domiciliarios incluyendo las comisiones de regulación.

(...)

Este análisis de la existencia de una norma especial en el caso del artículo 107 de la Ley 142 de 1994 respecto de las citaciones y comunicaciones, es igualmente aplicable en materia de recursos y el término con el que cuentan los administrados para interponer el recurso de reposición, donde la norma aplicable corresponde al artículo 113 de la Ley 142 de 1994 y no al artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 como lo pretende el recurrente.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, no proceden los argumentos ni las solicitudes hechas por el recurrente, por lo que se ha de confirmar el artículo 9 de la Resolución CREG 029 de 2014.”

De acuerdo con lo anterior, se debe reiterar y remitirse a lo expuesto por esta Comisión en la Resolución CREG 060 de 2014, estableciendo la improcedencia de lo manifestado por XM en el numeral 1 de su recurso de reposición.

2. Argumentos en relación con el Gasto Operativo de Referencia

Una lectura de los argumentos expuestos por XM en el recurso de reposición interpuesto permiten establecer que los mismos están relacionados con lo manifestado por esta empresa en la comunicación con radicado CREG E-2015-013073, dentro del trámite de la actuación administrativa a efectos de resolver la solicitud al ajuste al ingreso regulado de los servicios de CND, ASIC y LAC para el tercer año del período tarifario. Esto hace referencia a los efectos generados por la adopción e implementación de las NIIF en materia de cálculo actuarial y otros valores que ya no estarían reflejados dentro de los gastos operativos de referencia dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC.

De acuerdo con esto, XM considera que un actuar correcto por parte de esta Comisión corresponde a no descontar de los gastos operativos de referencia - GOPRt - para el tercer año del periodo tarifario, un valor de mil ochocientos millones de pesos (\$1.800.000.000), así como incluir un valor adicional al reconocido en la Resolución CREG 229 de 2015, correspondiente a once mil quinientos cuatro millones doscientos setenta y un mil veintinueve pesos (\$11.504.271.029). De la misma forma, a efectos de aplicar la metodología de



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 229 de 2015

cálculo del gasto operativo GOP, se consideren dentro del gasto ejecutado el valor correspondiente al cálculo actuarial y su costo financiero.

En este sentido, las implicaciones de estos eventos frente a la metodología de remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC prevista en la Resolución CREG 174 de 2013 fueron analizadas y expuestas por parte de la CREG a efectos de expedir la Resolución CREG 229 de 2015, tanto en el marco de la actuación administrativa que se venía adelantando para resolver el ajuste del tercer año tarifario y la posibilidad de llevar a cabo un revisión tarifaria de oficio por mutuo acuerdo frente a los gastos operativos de referencia que se habían establecido para el segundo año del período tarifario en la Resolución CREG 168 de 2014.

De acuerdo con lo anterior, un análisis de los argumentos expuestos en el recurso de reposición permiten establecer que XM reitera la situación expuesta por dicha empresa mediante la comunicación con radicado CREG E-2015-013073 dentro del trámite de la actuación administrativa, con respecto a que estos gastos no se verían reflejados dentro de la ejecución de los gastos operativos, generados por la aplicación de las NIIF en relación con el cálculo actuarial. Adicionalmente, XM manifiesta la necesidad de que estos gastos sean reconocidos dentro de la metodología de remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC, toda vez que estos gastos corresponden a “gastos reales” que generan un impacto financiero importante dentro de la empresa.

Así mismo, cuestiona el tratamiento que de estos eventos hizo la Comisión dentro del análisis de las implicaciones de lo manifestado por la empresa en relación con la aplicación de las NIIF en materia de cálculo actuarial, el cual se encuentra incorporado en el numeral 7.1 del documento soporte, así como los análisis hechos en la Resolución CREG 229 de 2015 a efectos de resolver el ajuste al ingreso regulado para el tercer año del período tarifario. Esto, en la medida que hace referencia a que existe un “entendimiento erróneo” por parte de la Comisión, al sustraer de dichos gastos la suma de \$1.800.000.000 al considerar “que no tendría que asumir mayores costos derivados de la actuación actuarial”, cuando dicho cálculo actuarial, en vez de desaparecer, “presenta un incremento en aplicación de las NIIF para los años 2014 y 2015 y continuarán con este comportamiento en el 2016”.

En relación con lo anterior, se debe tener en cuenta que esta Comisión en la Resolución CREG 229 de 2015 y su documento soporte hizo un análisis de los eventos expuestos por XM a efectos de resolver la revisión tarifaria iniciada de oficio, así como para efectos de resolver el ajuste al ingreso regulado para el tercer año del período tarifario. Esto, teniendo en cuenta los conceptos de gastos operativos y gastos operativos de referencia, así como si dichos gastos debían ser incorporados y reconocidos de acuerdo con lo dispuesto en la metodología de la Resolución CREG 174 de 2013.

En este sentido, la Comisión estableció el alcance de lo dispuesto en la metodología en relación con los gastos operativos, GOP y los gastos operativos de referencia, GOPRt de acuerdo con lo previsto en el numeral 2 del Anexo 1 de la metodología, entre otras, atendido las finalidades y objetivos previstos en la Resolución CREG 174 de 2013, los cuales se encuentran consignados en el documento soporte D-127 de 2013.

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 229 de 2015

Es así que para el caso de los gastos operativos, como principio general y supuesto en el que se basa esta variable y las competencias con las que cuenta esta Comisión dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC, el valor anual aprobado para dichos gastos debe remunerar únicamente los gastos asociados con la ejecución de actividades reguladas; en este sentido, los gastos operativos de referencia corresponden a los gastos necesarios para la prestación de los servicios del CND, ASIC y LAC durante un año del periodo tarifario y para estimar su valor la Comisión puede utilizar la información de costos históricos, la información contable reportada al SUI por el prestador de los servicios, así como comparaciones con los niveles salariales de otras empresas. Este análisis incorporó igualmente la aplicación del esquema de menú de contratos y el incentivo a la ejecución de gastos eficientes previsto en la metodología.

Para esto trajo como referencia lo consignado en el documento soporte de la propuesta regulatoria de la Resolución CREG 174 de 2013 en el cual se expuso lo siguiente:

“INSTRUMENTOS REGULATORIOS

Los instrumentos regulatorios comúnmente utilizados para la regulación de monopolios como es el caso de la prestación de los servicios del CND, ASIC y LAC se encuentran entre mecanismos con mecanismos con bajo incentivos (tipo costo del servicio) y altos incentivos (tipo ingreso/precio máximo).

(...)

En el segundo caso se da un incentivo fuerte para que el agente sea eficiente en su gestión y parte o toda la ganancia en eficiencia sea capturada por el agente durante el periodo tarifario, bajo este esquema las ganancias en eficiencia son trasladadas a la demanda en el siguiente periodo tarifario. Una práctica común es utilizar un factor de productividad para simular las ganancias en eficiencia que el agente debe alcanzar y con base en esta productividad esperada se remuneran los servicios prestados.

La aplicación de cada esquema depende de las asimetrías de información existentes, de los costos asociados con el seguimiento y control de las actividades, de la naturaleza de los costos y de los objetivos de la regulación según la madurez del mercado a regular.

En la gráfica 20 se presenta un esquema del funcionamiento básico de cada instrumento, en los dos casos se define el costo eficiente o costo de referencia (Costo*) al comienzo del periodo tarifario, las ganancias en eficiencia representadas por un menor costo implican diferentes niveles de pago, de tal forma que una reducción de costos implica un menor pago bajo un esquema de costo del servicio, mientras que la misma reducción de costos no modifica el pago en el esquema de ingreso máximo.

(...)

Un instrumento regulatorio alternativo es el menú de contratos, bajo este esquema se comparten los riesgos y los beneficios entre el agente y los usuarios, para lo cual se da la posibilidad al agente para que seleccione el nivel de eficiencia que desea (y puede) alcanzar en la prestación del servicio y su correspondiente incentivo.



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 229 de 2015

(...)

El menú de contratos (funciones de pago en función del nivel de esfuerzo declarado y alcanzado por el agente) debe cumplir con las restricciones de participación (que el agente esté dispuesto a realizar la actividad) y con las restricciones de compatibilidad de incentivos (que el agente tenga el incentivo de declarar el nivel de gastos que es capaz de alcanzar) para asegurar su adecuado funcionamiento.

Teniendo en cuenta los aspectos mencionados se considera que la aplicación de un esquema tipo menú de contratos permite reducir asimetrías de información, incentiva al prestador de los servicios a ser eficiente en la ejecución de las actividades y permite distribuir la eficiencia alcanzada entre el prestador de los servicios y los usuarios.

(...)

5.3 GASTOS OPERATIVOS

Como principio general el presupuesto anual aprobado para gastos operativos debe remunerar únicamente los gastos asociados con la ejecución de actividades reguladas.

Se propone remunerar los gastos operativos utilizando un esquema de menú de contratos en el cual se dan incentivos al prestador de los servicios para lograr eficiencias en la ejecución de los gastos, estas eficiencias son compartidas entre el prestador de los servicios y los usuarios de los mismos.

Para la implementación del menú se define inicialmente un gasto operativo de referencia, el cual, junto con los criterios definidos por el regulador, permite establecer varios escenarios de gastos de los cuales el operador selecciona el que más se ajuste a sus características y esfuerzo a realizar.

El modelo propuesto plantea incentivos para que el prestador de los servicios declare el nivel de gastos que es capaz de alcanzar (reducción de asimetrías de información) y para que la ejecución de gastos sea lo más eficiente posible.

Metodología de cálculo del GOP

Para la remuneración de los gastos operativos se consideran los gastos reales en los cuales incurrió el prestador de los servicios y el incentivo (positivo o negativo) alcanzado según el gasto ejecutado durante el periodo y el gasto (menú) seleccionado al inicio del periodo.

$$\text{Pago} = \text{Gasto} + \text{Incentivo}$$

En la Gráfica 22 se muestra un ejemplo conceptual de la aplicación. En el eje x se muestran los gastos, en el eje y los pagos y la curva roja representa la función de pago definida para un nivel de gastos (menú) ofrecido por el regulador y seleccionado por el prestador de los servicios al comienzo del periodo.

Para esta función de pagos, si el gasto ejecutado durante el periodo (GOPE) es menor que el gasto de referencia (GOPR), el prestador de los servicios obtiene un pago igual al gasto ejecutado más un incentivo por eficiencia mayor que cero.

CD

CPC

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 229 de 2015

(...)

Para la misma función de pagos, si el gasto ejecutado durante el periodo (GOPE) es mayor que el gasto de referencia (GOPR) el prestador de los servicios obtiene un pago igual al gasto ejecutado menos el incentivo por eficiencia, tal como se muestra en la Gráfica 23

(...)

Para la definición del incentivo de cada nivel de gastos permitido (menú de contratos) se define una función de pago, una función del incentivo y se ajusta el incentivo para asegurar la restricción de compatibilidad de incentivos.

(...)

Incentivo de eficiencia

La función del incentivo de eficiencia representa el porcentaje de las ganancias en eficiencia que obtiene el prestador de los servicios. (...)” (Resaltado fuera de texto)

Adicionalmente, la Comisión en el acto impugnado precisó con respecto al reconocimiento de gastos dentro de la metodología, en particular para la remuneración de los gastos operativos que esta parte de la aplicación del esquema de menú de contratos, en la cual se pretende que se compartan los riesgos y los beneficios entre el agente y los usuarios, para lo cual se da la posibilidad al agente para que seleccione el nivel de eficiencia que desea (y puede) alcanzar en la prestación del servicio y su correspondiente incentivo.

Este nivel de eficiencia parte de las premisas relativas a que: i) el valor anual aprobado para gastos operativos debe remunerar los gastos asociados con la ejecución de actividades reguladas; ii) para la remuneración de los gastos operativos se consideran los gastos reales de la empresa; iii) que los escenarios mediante los cuales se define el gasto operativo de referencia, obedecen a las características del prestador del servicio y esfuerzo a realizar; iii) se busca incentivar que las conductas del prestador de los servicios permitan lograr eficiencias en la ejecución de los gastos.

Teniendo en cuenta estas premisas, la Comisión precisó que no se deben tener en cuenta dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC, en particular dentro de la metodología de cálculo y el ajuste que se realiza a los gastos operativos de referencia, efectos y circunstancias que no son propios de la metodología (como son las expuestas por XM en su comunicación en relación con la aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera – NIIF) en la medida que los gastos operativos deben remunerar los gastos asociados con la ejecución de actividades reguladas, en este caso aquellos que tienen relación o están asociados con la ejecución de los servicios de CND, ASIC y LAC.

De acuerdo con lo anterior, la Comisión en el acto objeto de impugnación igualmente precisó que la correcta aplicación de la metodología implica que dentro de los gastos operativos de referencia: i) su definición y la función de pago

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 229 de 2015

debe atender que el nivel de gastos declarados y que es capaz de alcanzar no se vea afectado por circunstancias exógenas, no propias de lo que pretende reconocer la metodología; ii) que no se afecte el incentivo allí planteado (positivo y negativo) a que el prestador de estos servicios realice un nivel de esfuerzo en la ejecución de sus gastos de manera eficiente; iii) que los incentivos que deben reconocerse, tanto a los usuarios como a la empresa, deben ser propios de las conductas de esta última derivadas de la eficiencia en la ejecución de sus gastos asociados con la ejecución de actividades reguladas y no derivadas de otra circunstancia, y; iv) que el reconocimiento dentro de los escenarios en los cuales se define dicho gasto se debe igualmente sustentar en gastos reales y no de circunstancias o aspectos contables.

Finalmente esta Comisión encontró que el reconocimiento de gastos que no se encuentren dentro de este concepto estarían en contra de los fines y objetivos previstos en la metodología con respecto a: i) la reducción de asimetrías de información; ii) el incentivo al prestador de los servicios a ser eficiente en la ejecución de las actividades; iii) permitir la distribución de una eficiencia alcanzada entre el prestador de los servicios y los usuarios, la cual debe ser real y propia de la aplicación de la metodología y no por circunstancias exógenas y ajenas a la metodología como fueron las analizadas a efectos de expedir la Resolución CREG 229 de 2015.

Atendiendo lo expuesto, esta Comisión al momento de la definición de la metodología a efectos de establecer la forma como se habrían de reconocer e incorporar los gastos operativos dentro de la metodología estableció que dichos gastos debían remunerar los gastos asociados con la ejecución de actividades reguladas, en este caso aquellos que tienen relación con la ejecución de los servicios de CND, ASIC y LAC, circunstancia aplicable a efectos de definir los gastos operativos de referencia y los gastos reales que se deben considerar como ejecutados para efectos del cálculo del GOP y la aplicación del incentivo allí previsto.

Es por esta razón que los eventos expuestos por XM en relación con la aplicación de las NIIF con respecto al cálculo actuarial, se bien impactan financieramente a la empresa, además de ser una circunstancia exógena que no es propia de las conductas del agente derivadas de la eficiencia en la ejecución de sus gastos asociados con la ejecución de actividades reguladas, corresponden a gastos que no se deben considerar como gastos operativos dentro de los gastos operativos de referencia de acuerdo con lo previsto en la metodología.

En este sentido, los gastos a los que se han hecho referencia, más aún para el caso particular del cálculo actuarial de beneficios extralegales a juicio de la Comisión, no se han de considerar dentro del concepto de gastos operativos, toda vez que no se entienden compatibles con lo expuesto en relación con la aplicación de la metodología y los fines previstos por el regulador, de la misma forma que no se ajustan a los criterios tarifarios previstos en la Ley 142 de 1994. De lo contrario, un reconocimiento en este sentido haría que esta Comisión se extralimite en el ejercicio de las competencias asignadas por las leyes 142 y 143 de 1994 en relación con la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC, los criterios tarifarios allí consagrados, de la misma forma que estaría en contra de lo previsto de la metodología de la Resolución CREG 174 de 2013.



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 229 de 2015

En relación con el alcance de la competencia con la que cuenta esta Comisión para remunerar los servicios de CND, ASIC y LAC, esta Comisión considera relevante traer como referencia el análisis hecho por parte de la Sección Primera del H. Consejo de Estado en sentencia de 16 de febrero de 2012 en la cual expuso 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

(...)

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).*

Ahora, frente al cuestionamiento hecho por XM en el recurso de reposición con respecto a la forma en que esta Comisión evaluó y resolvió lo manifestado por la empresa con respecto a estos eventos (aplicación de las NIIF y cálculo actuarial) y

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 229 de 2015

las implicaciones de dicha circunstancia dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC, así como la existencia de un “entendimiento erróneo” dentro del análisis de las implicaciones de lo manifestado por la empresa en relación con la aplicación de las NIIF en materia de cálculo actuarial, y el “sustraer de dichos gastos la suma de \$1.800.000.000” al considerar “que no tendría que asumir mayores costos derivados de la actuación actuarial”, se debe considerar aplicable el análisis y las consideraciones hechas en los apartes anteriores con respecto al alcance de los gastos operativos y los gastos operativos de referencia.

En relación con lo anterior, esta Comisión al momento de definir la metodología y frente a la forma en que se debían establecer los gastos operativos de la empresa precisó:

“La prestación de los servicios de operación del mercado o del sistema tiene características de monopolio natural y a diferencia de las actividades de transporte o distribución no requiere de grandes inversiones en infraestructura, la infraestructura necesaria tiene un alto grado de obsolescencia y el presupuesto corresponde en su mayoría a gastos operativos (de los cuales el mayor gasto corresponde a recursos humanos). De otra parte, no es sencillo establecer comparación con otros agentes ya que en un mercado (un país o región) por lo general solo se cuenta con un operador. Lo anterior conlleva a un alto grado de asimetrías de información relacionadas con los gastos e inversiones a realizar por el operador.

(...)

Teniendo en cuenta los aspectos mencionados se propone utilizar diferentes instrumentos regulatorios para asignar una remuneración adecuada al prestador de los servicios del CND, ASIC y LAC, reducir las asimetrías de información respecto a gastos e inversiones, incentivar la eficiencia en la ejecución de las actividades y distribuir esta eficiencia entre el prestador de los servicios y los usuarios.

(...)

La aplicación de cada esquema depende de las asimetrías de información existentes, de los costos asociados con el seguimiento y control de las actividades, de la naturaleza de los costos y de los objetivos de la regulación según la madurez del mercado a regular

(...)

Teniendo en cuenta los aspectos mencionados se considera que la aplicación de un esquema tipo menú de contratos permite reducir asimetrías de información, incentiva al prestador de los servicios a ser eficiente en la ejecución de las actividades y permite distribuir la eficiencia alcanzada entre el prestador de los servicios y los usuarios. (Resaltado fuera de texto)

En estos apartes la Comisión establece la existencia de asimetrías de información relacionadas con los gastos e inversiones a realizar por el operador y la necesidad y razonabilidad de adoptar una metodología tendiente a su reducción, de acuerdo con los objetivos perseguidos por la regulación.

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 229 de 2015

Es así que en el recurso de reposición XM en relación con los eventos planteados sobre la aplicación de las NIIF en materia de cálculo actuarial (cambios en los supuestos actuariales, intereses, ganancias/perdidas actuariales) y la inexistencia de una discriminación de estos dentro de la información financiera y contable de la empresa se manifiesta lo siguiente:

“Es pertinente mencionar, que bajo la norma contable colombiana no existía la discriminación anterior, por lo que la totalidad del gasto por el incremento del cálculo actuarial se reconocía dentro de los gastos operativos de la Compañía.”

De acuerdo con lo anterior, la Comisión encuentra que el reconocimiento que de estos valores se venía haciendo como un gasto operativo obedecía a la existencia de estas asimetrías de información en relación con los gastos de la empresa, por lo que al evidenciar la discriminación a la que hace referencia la empresa y más la naturaleza de estos gastos, los cuales corresponden mayoritariamente de acuerdo con el impacto financiero al que hace referencia XM a un “cálculo actuarial por beneficios extralegales”⁴, la CREG encontró que dicho valor no se ajustaba al concepto de gasto operativo atendiendo lo consagrado en la metodología⁵, razón por la cual procedió a realizar el ajuste en los términos consignados en los numerales 6 y 7 del documento soporte de la Resolución CREG 229 de 2015, toda vez que dicho ajuste hacia parte de la correcta aplicación del criterio de eficiencia previsto en la Ley 142 de 1994, de la metodología de cálculo y remuneración de los gastos operativos, así como permitía dar cumplimiento a los fines y objetivos previstos en la metodología a los que se ha hecho referencia.

Así mismo se evidenció que esta circunstancia no afectaba otros criterios tarifarios, entre otros, la suficiencia financiera de la empresa, criterio tarifario que como ha precisado la Comisión, debe entenderse y aplicarse de manera concordante y compatible con los demás criterios tarifarios previstos en la Ley 142 de 1994, de acuerdo con la metodología que defina la remuneración de una actividad dentro de los servicios de energía eléctrica y gas combustible regulados por esta Comisión y la limitante a efectos de trasladar en los cargos y las tarifas la gestión ineficiente por parte de los agentes.

Lo anterior, de acuerdo con los análisis hechos a efectos de resolver el ajuste al ingreso regulado para el tercer año del período tarifario, así como para resolver la revisión tarifaria iniciada de oficio con el fin de ajustar los gastos operativos de referencia para el segundo año del período tarifario.

En el caso del documento soporte esta Comisión expresó lo siguiente:

“Adicionalmente, en el numeral 5.3.1 del documento de soporte de la Resolución CREG 174 de 2013, se señala que la remuneración, o pago, tiene dos componentes, el primero asociado con el costo de la actividad y el segundo con el incentivo alcanzado.

⁴ De acuerdo con la naturaleza de estos pagos se advierte que los mismos corresponden a pagos por mera liberalidad a que hace referencia el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁵ Esto, evaluando de igual manera si los mismos guardan una “relación directa e inescindible” con los servicios prestados de CND, ASIC y LAC.

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 229 de 2015

El costo de la actividad, denominado gasto operativo de referencia en la metodología, corresponde al valor eficiente para el desarrollo de la actividad. Por lo tanto, en la definición de este valor no se deben considerar actividades, costos o gastos que no se requieran para la prestación de un servicio en condiciones de eficiencia⁶.

El incentivo alcanzado depende de la diferencia entre el gasto real, o nivel de eficiencia alcanzado, y el gasto de referencia.

Para que el esquema definido se aplique de manera adecuada se requiere que el gasto de referencia sea comparable con el gasto real, es decir que ambos incorporen las mismas actividades, costos o gastos.

Para la definición del gasto de referencia del año 2014 se tomó como base la información de gastos del periodo junio de 2012 a mayo de 2013, reportada por XM.

XM señala que como consecuencia de la aplicación de las NIIF, algunos valores que antes eran registrados y tratados como gastos, a partir del año 2015 se registran en cuentas diferentes.

Con base en lo anterior se propone ajustar el gasto de referencia inicial, descontando el valor de los beneficios a empleados que ya no hacen parte de los gastos, se propone utilizar como referencia los gastos del año 2012 como aproximación al periodo 2012-2013”.

Así mismo, dentro de la Resolución CREG 229 de 2015 esta Comisión manifestó:

“(…) la procedencia del mutuo acuerdo entre la Comisión y la empresa se debe fundar en razones que ameriten ajustes en las tarifas para garantizar a las empresas el cumplimiento de los criterios tarifarios definidos en la Ley, de acuerdo con la forma en que estos se aplican atendiendo cada metodología y para cada actividad, en este caso respecto a la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC. De acuerdo con esto, esta circunstancia que se evidencia en el presente caso toda vez que: i) se vería afectada la aplicación del criterio de eficiencia y la forma en que este se encuentra definido dentro de la metodología de la Resolución CREG 174 de 2013 en relación con el reconocimiento de los gastos operativos de referencia de acuerdo con lo expuesto en los párrafos anteriores y ii) se vería afectada la aplicación adecuada del modelo de menú de contratos como parte del criterio de eficiencia, toda vez que el reconocimiento del incentivo (positivo o negativo) se haría por circunstancias exógenas que no son propias de la metodología.

(…)

En este sentido, de acuerdo con lo expuesto anteriormente y atendiendo la doctrina regulatoria expuesta por esta Comisión en relación con la aplicación del mutuo acuerdo entre la Comisión y la empresa para efectos de llevar a cabo una revisión tarifaria en aplicación del artículo 126 de la Ley 142 de 1994, se establece la procedencia y razonabilidad de modificar lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CREG 168 de 2014, ajustando los gastos operativos de referencia del año 2015 descontando los valores correspondientes a los rubros que no se consideran como gastos como parte de la aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera - NIIF, ya que dicha revisión se funda

⁶ Para la definición de los ingresos en otras actividades reguladas se han excluido de los gastos reconocidos aquellos asociados con pensiones y beneficios extralegales

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 229 de 2015

en razones que ameriten ajustes en las tarifas para garantizar a las empresas el cumplimiento de los criterios tarifarios definidos en la Ley, así como de la correcta aplicación de dichos criterios atendiendo lo dispuesto en la metodología de la Resolución CREG 174 de 2013.

Este mismo análisis debe ser tenido en cuenta a efectos de establecer los gastos operativos de referencia a efectos de resolver la solicitud de ajuste al ingreso regulado aprobado a XM Compañía de expertos en mercados S.A. E.S.P., por la prestación de los servicios del CND, ASIC y LAC para el año 2016.

De acuerdo con lo anterior, no se puede considerar la existencia de un “entendimiento erróneo” como lo manifiesta XM, sino que por el contrario las decisiones adoptadas por la Comisión en la Resolución CREG 229 de 2015 y el ajuste a los gastos operativos de referencia corresponde a una correcta aplicación de la metodología de la Resolución CREG 174 de 2013 y el criterio tarifario de eficiencia.

Es por lo anteriormente expuesto que esta Comisión no encuentra que los argumentos y las solicitudes hechas por XM en su recurso de reposición conlleven a que esta Comisión modifique o revoque el artículo 3 de la Resolución CREG 229 de 2015 a efectos de incluir dentro de los gastos operativos de referencia para el tercer año del periodo tarifario el impacto financiero del cálculo actuarial por efecto de la adopción de las NIIF y no descontar de los gastos operativos de referencia aquellos gastos asociados con beneficios extralegales. El análisis de estos argumentos permite establecer que los mismos son reiterativos de los eventos y efectos generados por esta circunstancia, razón por la cual se consideran aplicables los análisis y los argumentos consignados por la Comisión en la Resolución CREG 229 de 2015 y su documento soporte, de la misma forma que no se encuentra la existencia de un “entendimiento errado” de estos eventos por parte de la Comisión que conllevara al ajuste incorporado en el artículo 3 impugnado, sino que le mismo obedece a la correcta aplicación de la metodología de la Resolución CREG 174 de 2013, el criterio tarifario de eficiencia, así como el cumplimiento de los fines y objetivos allí previstos.

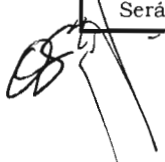
Finalmente, frente a las pruebas solicitadas, teniendo en cuenta el análisis y la argumentación expuesta por parte de esta Comisión a efectos de resolver el recurso de reposición, se encuentra procedente dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 178 del Código de Procedimiento Civil⁷ y el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011⁸, en este caso, a efectos de rechazar las pruebas solicitadas toda vez que las mismas no cumplen con los requisitos de utilidad y necesidad.

7 Artículo 178. Rechazo in limine. Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas.

8 Artículo 40. Pruebas. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.



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 229 de 2015

En relación con los requisitos de necesidad y utilidad de la prueba, entendido el primero en este caso como el fundamento probatorio sin el cual no sería posible establecer el reconocimiento de estos eventos como un gasto operativo, lo que hace obligatoria e imprescindible la práctica de esa prueba a fin de modificar el gasto operativo de referencia para el tercer año tarifario, se establece por parte de la Comisión que las pruebas solicitadas se limitan a establecer la existencia de impacto financiero para XM en relación con estos costos, así como a profundizar y/o reiterar los eventos que han sido expuestos claramente por esta empresa en relación con el cálculo actuarial y la adopción de las NIIF.

En este sentido, las pruebas solicitadas no conllevarían a una modificación del análisis hecho por la Comisión en relación con lo que se debe entender como gasto operativo de acuerdo con la metodología de la Resolución CREG 174 de 2013, por lo que las mismas no serían útiles a efectos de brindar elementos de juicio para el análisis de esta Comisión. Por el contrario, el análisis expuesto hasta ahora permite evidenciar que esta Entidad cuenta con los suficientes elementos de juicio para proferir una decisión en la que se resuelva el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 229 de 2015.

Una vez expuestos los anteriores argumentos, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No. 701 del 5 de febrero de 2016, acordó expedir la presente Resolución.

RESUELVE:

Artículo 1. No reponer y confirmar el artículo 3 de la Resolución CREG 229 de 2015.

Artículo 2. La presente Resolución deberá notificarse a la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. y publicarse en el *Diario Oficial*. Contra las disposiciones contenidas en esta Resolución, no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,

Dada en Bogotá, D.C. a **05 FEB. 2016**



CARLOS FERNANDO ERASO CALERO
Viceministro de Energía
Delegado del Ministro de Minas y Energía
Presidente



JORGE PINTO NOLLA
Director Ejecutivo

