



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 050 DE 2006

(17 AGO. 2006)

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

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

I. ANTECEDENTES:

1. Mediante las Resoluciones CREG-001 y CREG-116 de 1996, se creó el Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad, se precisó su método de cálculo y se estableció un sistema de verificación de los valores de los parámetros reportados por los agentes para su cálculo.
2. De conformidad con lo establecido por el Artículo 10 de la Resolución CREG-116 de 1996, modificado por el Artículo 1o. de la Resolución CREG-083 de 2000, a la CREG correspondía diseñar antes del 31 de enero del año 2001, un mecanismo de verificación de parámetros, y al Centro Nacional de Despacho - CND, la contratación de la verificación.
3. El Artículo 10 numeral 10.5 de la Resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el Artículo 1o. de la Resolución CREG-083 de 2000, establece lo siguiente respecto de la definición de discrepancias entre los valores de los parámetros reportados por los agentes para el cálculo del Cargo por Capacidad y los valores verificados mediante el procedimiento establecido en esta misma disposición:

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

100

2

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

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

4. Mediante Resolución CREG-006 de 2001, la CREG estableció las pautas para la definición de los términos de referencia de la contratación de la verificación de parámetros.
5. **Informe de Verificación de Parámetros:** El CND contrató a la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA para la verificación de parámetros del Cargo por Capacidad vigencia 2004-2005, empresa ésta que el día 29 de septiembre de 2005, mediante comunicación con radicación CREG E-2005-007312, presentó la versión definitiva del informe de verificación del Cargo por Capacidad sobre “Indisponibilidad Histórica Plantas / Unidades Térmicas”, el cual incluyó la planta Termocartagena 3 (Folio No. 7). En dicho informe se concluye respecto del valor declarado para el parámetro de Indisponibilidad Histórica – IH del Cargo por Capacidad Vigencia 2004 – 2005 de la planta Termocartagena 3, que existe discrepancia entre el valor verificado por PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA, en adelante PwC AGA, y el declarado por TERMOCARTAGENA S.A ESP ante la CREG. Dicha discrepancia, según PwC AGA, consiste, en que el valor por él calculado para el referido parámetro es de 77.3805%, mientras que el reportado por Termocartagena S.A. E.S.P a la CREG es de 9.9854%. De lo anterior infiere que el valor declarado por Termocartagena S.A. E.S.P es inferior al calculado por la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA en más del 10%, evaluando ambas cifras con una aproximación de cuatro decimales, lo cual constituye una discrepancia de acuerdo con lo establecido en el Anexo General de la Resolución CREG-006 de 2001, específicamente, en el apartado “Margen de error” del parámetro “IH’s Plantas Térmicas” del cuadro titulado “PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE PARÁMETROS” de la referida resolución.
6. **Inicio de la Actuación Administrativa:** Mediante auto del 15 de noviembre de 2005, la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, a través de su Director Ejecutivo avocó el conocimiento de las presentes diligencias tendientes a establecer plenamente la existencia o inexistencia de la discrepancia que la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA encontró en el valor del parámetro Índice de Indisponibilidad Histórica IH reportado para el cálculo del Cargo por Capacidad 2004-2005 de la planta y/o unidad de generación Termocartagena 3 y si por tal circunstancia el VD (Valor a Distribuir) de la Planta y/o Unidad de Generación Termocartagena 3 es igual a cero (0) en las estaciones de verano e invierno para las cuales se utilizó la información del Cargo por Capacidad vigencia 2004 – 2005 y si hay lugar a la devolución de pagos recibidos en los términos del Artículo 10 numeral 10.5 de la Resolución CREG – 116 de 1996, modificado por el Artículo 1o. de la Resolución CREG-083 de 2000.

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

7. En desarrollo de la actuación a que dio lugar el mencionado acto y en cumplimiento de lo establecido en la Resolución CREG-083 de 2000, se puso en conocimiento de la empresa interesada, esto es, de la empresa TERMOCARTAGENA S.A E.S.P el informe de verificación de parámetros con sus respectivos soportes y se dio oportunidad a la citada empresa para que ejerciera su derecho de defensa.
8. **Defensa de TERMOCARTAGENA S.A. ESP:** La empresa TERMOCARTAGENA S.A ESP a través de apoderado debidamente constituido, mediante memorial con radicación CREG E-2005-009223 (Fol. 44), manifestó en su defensa:
- 8.1. Inicialmente relaciona los que considera como antecedentes del informe de verificación entregado por PwC AGA, enfatizando que éste no tuvo en cuenta la bitácora electrónica que fue la utilizada por el agente para rendir el informe y que sólo se tuvo en cuenta la bitácora física. Como consecuencia de lo anterior, según el agente, el informe de verificación de los parámetros encontró discrepancias en más del 10%.
- 8.2. Posteriormente y bajo el título "Análisis Normativo" relaciona las que a su juicio son las normas relevantes para la evaluación del caso de Termocartagena, así:
- 8.2.1. Constitución Política: Normas relativas al Estado Social de Derecho, al Debido Proceso y a la Presunción de Buena Fe.
- 8.2.2. Código Civil: Arts. 27 y 29 relativos a la interpretación de la ley.
- 8.2.3. Ley 142 de 1994: Se transcriben sus artículos 73 y 74 para concluir que la única facultad sancionatoria que tienen las Comisiones de Regulación se refiere al evento en que se solicite información a quienes presten servicios públicos, bien sean agentes regulados o no regulados, y estos no la proporcionen o la proporcionen de manera inadecuada y que de acuerdo con el artículo 121 de la Constitución, ninguna autoridad puede ejercer funciones distintas a las que le atribuye la Constitución y la Ley.
- 8.2.4. Regulación de la CREG: Afirma que "*La regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) desarrolla el tema del Cargo por Capacidad en las Resoluciones 113 del 98, 111 del 2000, 102 de 2000, 090 del 2000, 083 del 2000, 082 del 2000, 081 del 2000, 075 del 2002, 074 del 2002, 006 del 2003, 006 del 2001, 005 del 2001, 001 del 2001, 116 de 1996, 78 del 2000, 072 del 200 (sic) y 009 del 2004.*" Posteriormente, manifiesta que "*El Cargo por Capacidad se determina de acuerdo con la información que los agentes proveen a la CREG, para que ésta, de acuerdo con los procedimientos vigentes en la regulación, determine la capacidad a remunerar, de cada planta o unidad de cada agente.*". Menciona que por medio de la resolución CREG 006 del 2001 se diseñó un mecanismo de verificación de los parámetros para el cálculo del cargo por capacidad. Después de transcribir los numerales 2 y 3 del artículo 2 de la citada resolución, destaca que el contratista elegido para la verificación de los parámetros en su informe deberá observar los

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

criterios generales contenidos en la resolución, las demás normas de la CREG y los acuerdos del C.N.O. Destaca también que de acuerdo con el Anexo 4 de la misma resolución relativo a IH's de Plantas Térmicas, "(...) **la firma contratada para la verificación de los parámetros solicita a cada agente las bitácoras de planta**, solicita al CND o si es del caso al CRD, la relación de eventos registrados durante el periodo de verificación **y si en la entrega del CND o el CRD existe un número de eventos superior en 10% al número de eventos registrados por el agente en su bitácora, procede la inclusión de los eventos verificados dentro de la base de cálculo.**" Finalmente afirma que la citada resolución establece el margen de error para los IH's de Planta Térmicas, considerando que existe discrepancia si el valor declarado es inferior al calculado por la firma que realiza la verificación en más del 10%. Agrega que en caso de discrepancia, la CREG previó un mecanismo para "devolver" el Cargo por Capacidad recibido en exceso, más los intereses.

- 8.3. A continuación y bajo los títulos "El caso de Termocartagena" y "conclusión" concreta sus argumentos, los cuales se transcriben a continuación:

"3. El caso de Termocartagena

Como vimos anteriormente, el Cargo por Capacidad se determina de acuerdo con la información que los agentes proveen a la CREG, para que ésta, de acuerdo con los procedimientos vigentes en la regulación, determine la capacidad a remunerar, de cada planta o unidad de cada agente.

La Resolución CREG 006 del 2001 estableció los mecanismos de verificación de la información sobre los parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad, y estableció que el informe de verificación de parámetros observará los criterios generales definidos en ella.

Como ya vimos el artículo segundo numeral 2.3 estableció de manera categórica que el informe de verificación de parámetros debe ser claro, preciso y detallado en el establecimiento de las discrepancias por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos en el anexo 4 y que no se admiten errores ambiguos. Por otro lado, define que se comparan dos cosas: los valores verificados y los valores de los parámetros reportados por los agentes.

En éste caso, para presentar su informe la firma PWC AGA tiene tres fuentes de información posibles cada una con sus respectivas incidencias: la información suministrada por el CND y la información de la bitácora física y electrónica que fueron suministradas el agente (Termocartagena) y la información suministrada por el CND.

La firma auditora debería haber realizado el análisis con las tres fuentes posibles de información. Sin embargo, lo hizo teniendo en cuenta la bitácora física únicamente, excluyendo las otras dos fuentes posibles: la bitácora electrónica y la información suministrada CND. En consecuencia, Price Water House emitió un informe que adolece del vicio de la imprecisión y falta de claridad contrariando abiertamente lo establecido en el artículo segundo numeral 2.3.

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

PWC AGA era consciente de que la norma no distinguía entre diferentes clases de bitácoras, y por eso en (sic) solicita a la CREG aclarar la duda en comunicación del 1 de Septiembre de 2005:

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

La CREG no responde que bitácora debe ser tenida en cuenta y simplemente reenvía la decisión a la firma auditora en comunicación de referencia S-2005-002727 del 23 de Septiembre de 2005:

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

"Dado lo anterior, corresponde a la firma auditora establecer cual es el documento en el que reposan los registros de los eventos reales sucedidos durante la operación de la planta y/o unidad de generación, el cual debe ser utilizado para los efectos de la verificación de los parámetros establecidos en la Resolución CRES 006 de 2001."

PWC AGA de manera equivocada decide tomar en cuenta una sola fuente de información como fuente, a pesar de que la autoridad regulatoria no toma ninguna decisión al respecto. En el fondo lo que esta haciendo la PWC AGA es presumir la mala fe de la empresa Termocartagena, al usar sólo la fuente de información que la perjudica, puesto que ella ha sido categórica en afirmar que el informe rendido por ella se basa en su bitácora electrónica.¹

Con su decisión, desconoce lo previsto en el numeral 2 del artículo segundo que establece que en el informe de verificación de parámetros la firma contratada observará los criterios generales contenidos por la Resolución 006 de 2001 y los Acuerdos del CNO vigentes a la fecha de de (sic) la declaración de los parámetros del cargo por capacidad.

Como consecuencia de lo anterior, su informe tal como esta presentado, no puede ser tenido en cuenta por la CREG. PWC AGA está alejándose del procedimiento establecido en la Resolución 006 de 2001 (en especial el artículo 2 numeral 2 y el 3 y el Anexo 4), aplicando a la ley de manera arbitraria. Al hacerlo, violenta los principios de interpretación de la Ley establecidos en la normatividad vigente.

¹ "Con este comportamiento esta abiertamente contradiciendo el alcance que le ha dado la Corte Constitucional al principio de la Buena Fe, que en sentencia Julio15 del 92 T-475 MP Cifuentes Eduardo Muñoz estableció: "La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento y desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional se aplica no sólo a los contratos administrativos sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de la aplicación de la buena fe se limita no solo al nacimiento de la relación jurídica sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción."

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

El error en la interpretación de la Ley de la Price Water House: "Donde la ley no distingue no es dado hacerlo al intérprete". La Resolución CREG 006 de 2001 en el Anexo de Procedimientos de Verificación de los Parámetros en el aparte relacionado con IH's Plantas hidráulicas, establece:

"Documentos base:

"Resolución CREG 83/00
Resolución Resolución (sic) 73/00
Acuerdo del CON (sic) 15 Nov del 2000.
Información Histórica Bitácoras de Planta
Eventos de unidades de generación registrados por el CND."
(Subrayado y Negrillas fuera de texto)

Actividades de la Firma contratada para la verificación de los parámetros:

"Recibe del CND los valores declarados por los agentes ante la CREG.

"Solicita a cada agente las Bitácoras de planta."

"Si en la relación entregada por el CND existe un número de eventos superior en 10% al número de eventos registrados por el agente en su bitácora, procede a la inclusión de los eventos verificados dentro de la base de cálculo." (Subrayado y Negrillas fuera de texto)

Margen de Error establece:

"Se considerara discrepancia si el valor declarado de IH's es inferior al calculado por la firma que realiza la verificación de los parámetros, en mas del 10%, evaluando ambas cifras con una aproximación de cuatro decimales." (Subrayado y Negrillas fuera de texto)

Alcance:

"Determinar si el calculo de los Índices de indisponibilidad históricos IH's, reportados por los agentes, de aquellas plantas y unidades térmicas, que resulten seleccionadas en la muestra para ser verificado dicho parámetro corresponde con lo establecido en el anexo CO-1 del Código de Operación."

Por regla general en Derecho, los actos deben producirse con arreglo a un procedimiento establecido. La importancia de los procedimientos en derecho administrativo radica en que cuando hay irregularidades formales, es decir, una infracción de cualquiera de las normas reguladoras del procedimiento administrativo, éstas tienen un efecto parcialmente invalidante.

Los criterios de Interpretación de la Ley relevantes en éste caso y que la PWH AGA desconoció.

Según lo establecido en el Artículo 27 del Código Civil cuando el sentido de la Ley es claro no se debe desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

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

Artículo 27. "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento"

Las palabras de la ley se entienden en su sentido natural y obvio, según el uso general de las palabras. La palabra Bitácora está definida por el diccionario de la Real Academia Española como: "Especie de armario, fijo a la cubierta e inmediato al timón, en que se pone la aguja de marear."

En este caso, la palabra bitácora está siendo utilizada en otro medio, el medio de la regulación energética, pero la función cumplida por el objeto es la misma: la de hacer mediciones. Ahora bien, con los avances de la tecnología se pueden encontrar diferentes clases de bitácoras.

Si bien el artículo 29 del Código Civil tiene un artículo para el caso de las palabras técnicas, en este caso la CREG no ha dado un sentido especial ni ha hecho ninguna precisión a la palabra bitácora.

Art. 29. "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomaran en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso."

La Resolución CREG 006 de 2001 no hace ninguna precisión respecto a la clase de bitácora que debe usarse para efectuar tales mediciones. Por el contrario, claramente establece que para realizar sus actividades la firma auditora debe solicitar a cada agente las bitácoras (en plural) como fuente de información. Si solicita las bitácoras de cada agente para utilizarlas como fuentes de información, debe tenerlas en cuenta.

En este caso el legislador no ha dado una definición precisa, ni ha establecido que sólo acepta los informes de una clase de bitácora. Incluso, la CREG al ser consultada no establece que una u otra bitácora deba ser tenida en cuenta. Por lo tanto, mal haría la firma auditora en discriminar de manera arbitraria dos de las tres fuentes de información previstas en la regulación energética. Finalmente, es importante subrayar que, tanto la información del CND como las bitácoras existentes, en alguna medida reflejan la realidad del agente.

Al discriminar entre las fuentes de información, la firma auditora está violando, no sólo las resoluciones de la CREG en cuestión y las normas de interpretación jurídica anteriormente citadas, sino también normas de rango constitucional como el Debido Proceso (Art.29) y el Principio de la Buena Fe (Art.29).

La firma auditora debe ceñirse a lo dispuesto en lo dispuesto (sic) en la Resolución CREG 006 de 2001. Lo dispuesto por el tenor literal de la ley es claro. Se deben utilizar las bitácoras suministradas por el agente. El agente, es decir, Termocartagena, actuando de buena fe entregó las bitácoras de las que disponía la física y la electrónica. Adicionalmente, debe recibir del CND los valores declarados por los agentes ante la CREG.

MD

7

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

Al utilizar sólo uno de los medios de información que debía utilizar, está no sólo obteniendo un resultado sesgado sino que esta violando el derecho al debido proceso que tiene Termocartagena. Esta empresa presentó su informe basándose en su bitácora electrónica y en esa medida, los resultados están conforme a lo establecido en la regulación.

No puede desconocerse el derecho a la defensa de Termocartagena, en el sentido de que se le tenga en cuenta la bitácora electrónica, que es precisamente la que el utilizó par presentar su índice de indisponibilidad Histórico (IH's). No se opone tampoco el agente a que se revisen las demás fuentes de información: bitácora física e información del CND. Pero si se opone a que se excluya deliberadamente la bitácora que sirvió de base al informe que rindió.

En este punto es pertinente resaltar que el procedimiento administrativo que ha prescindido del procedimiento legalmente establecido, cuando ha habido un desconocimiento categórico a las reglas procedimentales, convierte la gestión gubernamental en una ofensa al derecho de la defensa. La Administración debe tener en cuenta que el debido proceso es la aplicación procesal contenciosa del Principio de Legalidad. Es justamente en virtud de éste principio, que la Constitución, la Ley y los Principios Generales del Derecho, son reglas cuyo respeto se impone a la Administración.

Por lo tanto es acertado afirmar que en éste caso la infracción de de (sic) los procedimientos se produjo indefensión al interesado, pues no se tuvo en cuenta la bitácora electrónica que es precisamente la que Termocartagena S.A. E.S.P utilizó en su reporte.

Como puede el agente defenderse si la información que le sirvió de base para determinar su IH's no fue tomada en cuenta? La PWH AGA omitió elementos de juicio indispensables para concluir y tomar una (sic) la decisión de fondo, y luego para evaluar si el resultado de su auditoria es correcto o no. Es evidente, que debido a ésta irregularidad, las posibilidades de defensa de Termocartagena han quedado sustancialmente mermadas.

En conclusión, podría afirmarse que de acuerdo a los parámetros establecidos en la CREG 006 de 2001, el reporte presentado por la auditora es impreciso y adolece de falta de claridad, y no sigue los procedimientos establecidos por el regulador para efectos de verificar que la información reportada era la verdadera. Por esta razón, entre otras, su resultado es sesgado y atenta contra los derechos del debido proceso y el principio de la buena fe. Es preciso repetir que, la Constitución, la Ley y los Principios Generales del Derecho son reglas cuyo respeto se impone a la Administración en virtud del Principio de Legalidad.

Por ultimo, quisiera añadir que en virtud del mismo principio, aun cuando la decisión final de la CREG fuera contraria a los intereses de la parte que represento, ésta Comisión no tiene facultades sancionatorias distintas a las establecidas por el parágrafo final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

Estas facultades se refieren exclusivamente al evento en que soliciten información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos

MD

9

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

(inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación). De tal forma que quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por si mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información.

4. Conclusión

- *La Resolución 006 de 2001 establece en el Anexo 4 - IH's Plantas Térmicas que los documentos base para la verificación de los parámetros son la información histórica Bitácoras de Planta (suministradas por los agentes) y los eventos de unidades de generación registrados por el CND.*

- *Para la verificación de los parámetros la auditora debe comparar entre los valores declarados por los agentes ante la CREG recibidos del CND y las Bitácoras de planta que la auditora solicita al agente.*

- *PWC AGA consciente de que norma no distinguía (sic) entre diferentes clases de bitácoras, por esa razón solicita a la CREG aclarar la duda. La CREG no responde y reenvía la decisión a la auditora.*

- *Sin embargo, la auditora lo hizo teniendo en cuenta la bitácora física únicamente siendo que debería haber realizado el análisis con las tres fuentes posibles de información.*

- *Al no ser tomada en cuenta una de las bitácoras, la bitácora electrónica, PWH AGA viola los procedimientos establecidos en la Resolución 006 de 2001 y mina la posibilidad del ejercicio del Derecho de Defensa de Termocartagena; pues fue precisamente la bitácora electrónica la que el agente utilizó para producir su informe.*

- *PWC AGA hace una incorrecta interpretación de la Ley y en consecuencia de manera equivocada emitió un informe que adolece del vicio de la imprecisión, falta de claridad y que contraria los principios generales establecidos para la verificación de parámetros por la regulación de la CREG.*

- *Con su comportamiento se aleja de los criterios de interpretación de la Ley establecidos en el Código Civil y vulnera derechos de rango constitucional como el Debido Proceso y la Presunción de la Buena Fe que hacen parte del bloque de legalidad.*

- *La violación de los procedimientos y formalidades contenidos en la Ley, por PWH AGA (sic) (particular cumpliendo un encargo de la autoridad), violenta los procedimientos previamente establecidos por la norma.*

- *La importancia de los procedimientos en derecho administrativo: los actos deben producirse, por regla general, con arreglo a un procedimiento establecido. Las irregularidades formales y su eficacia parcialmente invalidante cuando se da una infracción de cualquiera de las normas reguladoras del procedimiento administrativo.*

- *La Comisión de Regulación de Energía y Gas no tiene facultades sancionatorias distintas a las contenidas en el parágrafo final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 relativas al no envío de información o envío ineficiente de la misma por parte de los usuarios (regulados o no regulados).*

MD

2

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

8.4. Finalmente formula las siguientes peticiones:

8.4.1. Que la CREG no tenga en cuenta el informe de PwC AGA por ir en contra de la Constitución, la Ley y la regulación energética.

8.4.2. Que la CREG cierre la investigación.

8.4.3. Que la CREG se abstenga de imponer cualquier castigo por cuanto sus facultades sancionatorias son restringidas en los términos del último párrafo del artículo 73.

9. Pruebas:

9.1. Mediante auto del 15 de febrero de 2006 se decretaron las siguientes pruebas:

9.1.1. Testimoniales:

9.1.1.1 Declaración del señor Ronald James Howard Munevar, Ingeniero Mecánico. Labora con CORELCA y antes estuvo vinculado a TERMOCARTAGENA S.A ESP en calidad de Gerente de Planta. La diligencia se practicó el 21 de marzo de 2006 (Obra a Fol.249).

9.1.1.2 Declaración del señor Mario Alejandro Castro Parra, Ingeniero Electricista. Labora con la empresa EMGESA S.A ESP y antes estuvo vinculado como Jefe de Planeación y Servicios Técnicos de TERMOCARTAGENA S.A ESP. La diligencia se practicó el día 21 de marzo de 2006. (Obra a Fol. 244)

9.1.2 Documentales:

9.1.2.1 Se ordenó allegar a la actuación los siguientes documentos obrantes en los archivos de la CREG:

9.1.2.1.1 Copia de la comunicación mediante la cual TERMOCARTAGENA S.A E.S.P reportó a la CREG los valores de los parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad Vigencia 2004 – 2005. (Obra a Fol. 103)

9.1.2.1.2 Copia del informe titulado "*Indisponibilidad Histórica Plantas / Unidades Térmicas*", presentado por la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA, el día 29 de septiembre de 2005, Radicación E-2005-007312, exceptuando la información específica de otras plantas y/o unidades de generación. (Obra a Fol. 107)

9.1.2.1.3 Copia de los siguientes documentos enviados mediante comunicación con radicación CREG E-2005-007302, por la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA dentro de la verificación de la información sobre parámetros para el cálculo del

MD

7

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

Cargo por Capacidad Vigencia 2004 - 2005 (Obran a folios 116 y siguientes):

- 9.1.2.1.3.1** Correspondencia enviada a TERMOCARTAGENA S.A E.S.P.
- 9.1.2.1.3.2** Correspondencia recibida de TERMOCARTAGENA S.A E.S.P.
- 9.1.2.1.3.3** Bitácora Planta TERMOCARTAGENA S.A E.S.P
- 9.1.2.1.3.4** Correspondencia recibida del CND-ISA relativa a TERMOCARTAGENA S.A E.S.P, incluida la remisión de los eventos registrados durante el periodo de verificación.
- 9.1.2.2** Se ordenó a la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA remitir a la presente actuación:
- 9.1.2.2.1** La comunicación mediante la cual TERMOCARTAGENA S.A E.S.P le hizo llegar a PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA la "Bitácora Electrónica", incluido le disco compacto en que se consignó dicha información relativa a Termocartagena 3. (Obra a Fol. 98)
- 9.1.2.2.2** La comunicación del CND de ISA mediante la cual se remitió la relación de eventos registrados durante el periodo de verificación de la planta y/o unidad de generación Termocartagena 3, incluida la relación de eventos. (Obra a Fol. 99)
- 9.1.2.3** A petición del interesado se ordenó al Coordinador Ejecutivo de la CREG remitir copia del acta de Comité de Expertos donde se aprobó la comunicación S-2005-002727 del 23 de septiembre de 2005. (La respuesta del Coordinador Ejecutivo obra a Folio 299)
- 9.1.3** Pericial: Se decretó la práctica de una prueba pericial, con el propósito de absolver los siguientes puntos (el dictamen obra a folio 256):
- 9.1.3.1** Dictaminar cuál de las bitácoras de planta presentadas por TERMOCARTAGENA S.A E.S.P a la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA (las denominadas física y electrónica) contiene el registro de los eventos reales sucedidos durante la operación de la planta y/o unidad de generación Termocartagena 3. Esto es, cuál de ellas contiene la información más fiable o si las dos bitácoras son complementarias.
- 9.1.3.2** En cuál de las bitácoras (física o electrónica) los operadores de la planta Termocartagena 3 registraron los eventos sucedidos durante el periodo de verificación y, en general, determinar cómo se lleva en esta planta la bitácora de eventos.
- 9.1.3.3** Si existe justificación para que la totalidad de eventos de indisponibilidad registrados en la Bitácora física no se encuentren registrados en la Bitácora Electrónica.
- 9.1.3.4** Dictamine si de acuerdo con el marco regulatorio vigente, el valor calculado por la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES,

MD

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

GERENCIALES LTDA para el parámetro Indisponibilidad Histórica Plantas Térmicas de la Planta Termocartagena 3 y contenido en el informe entregado mediante comunicación CREG E-2005-007312 del 29 de septiembre de 2005, es o no correcto.

- 9.1.3.5** A solicitud de TERMOCARTAGENA S.A E.S.P, establecer la diferencia entre la bitácora electrónica suministrada por el agente y la información suministrada por el CND.
- 9.2** Mediante documento con radicación CREG – 2006-002923 del 17 de abril de 2006 (Fol. 269), el perito *motu proprio* aclaró el dictamen pericial.
- 9.3** Mediante auto del 2 de mayo del año en curso se dispuso la adición del punto 5.4 del dictamen pericial determinando si a partir de las bitácoras estuvo correctamente elaborada por PRICE WATERHOUSE ASESORES GENERENCIALES LTDA la base de cálculo con la cual se calculó el valor para el parámetro de Indisponibilidad Histórica Plantas Térmicas de la Planta Termocartagena 3 contenido en el informe entregado mediante comunicación E-2005-007312 del 29 de septiembre de 2005, especialmente, en lo que tiene que ver con el número de eventos identificados y su duración. (la adición al dictamen obra a folio 275).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la CREG

Interesa referirse *in extenso* sobre este tópico en razón a que TERMOCARTAGENA S.A ESP, en adelante, Termocartagena, alega a través de su apoderada que las competencias sancionatorias de la CREG se restringen a las contenidas en el parágrafo final del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, relativas a la imposición de sanciones a las prestadoras de servicios públicos a las cuales esta ley se refiere, por negarse al envío de la información que le es requerida.

Para dilucidar la materia se considera necesario establecer si en la definición de discrepancias en la declaración de parámetros para la corrida del modelo de Cargo por Capacidad y en la aplicación de los consecuentes efectos económicos, estamos o no en presencia del ejercicio de una facultad sancionatoria a cargo de una entidad pública, para lo cual juzgamos importante hacer una descripción somera del Cargo por Capacidad.

El Cargo por Capacidad se creó mediante la Resolución CREG – 001 de 1996 y su método de cálculo fue regulado en la Resolución CREG – 116 de 1996.

De acuerdo con los artículos 1 y 4 de la Resolución CREG 116 de 1996, y los antecedentes de esta resolución que aparecen recogidos en el Documento CREG – 024 del 12 de marzo de 1996, el Cargo por Capacidad es un instrumento financiero que remunera la capacidad de generación que cada planta hidráulica o unidad térmica despachada centralmente, aporta en un Despacho Ideal al abastecimiento de la demanda en condiciones hidrología crítica.

MD

2

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

Para el establecimiento de esta capacidad de generación que es remunerada por el cargo por capacidad, el artículo 4 de la referida Resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG - 047 de 1999, dispone que cada año se corra un modelo de largo plazo con los parámetros básicos descritos en el Anexo No. 1 y con la información entregada por los agentes a más tardar el 10 de noviembre de cada año. Quiere decir lo anterior que los resultados del modelo; esto es, la asignación de Capacidad Remunerable Teórica depende de la información entregada por los agentes.

Entonces, para que los agentes interesados accedan al beneficio financiero que representa el Cargo por Capacidad, es exigencia entregar la información necesaria sobre las condiciones de su planta o unidad de generación en la forma establecida por el artículo 10 de la Resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG - 083 de 2000.

Si dicha información no corresponde a la realidad; esto es, contiene discrepancias con la determinada por el verificador por fuera de los rangos de holgura o margen de error establecidos por la regulación de la CREG, el numeral 10.5 del artículo 10 de la Resolución CREG - 116 de 1996 en la forma en que fue modificado por el artículo 1o. de la Resolución CREG - 083 de 2000, asume que el VD (Valor a Distribuir) de las plantas y/o unidades con discrepancias, es igual a cero (0) en las estaciones de verano e invierno para las cuales se utilizó la información errónea entregada por el agente:

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

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

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

En estos términos resulta lógico, como lo establece la regulación, que si la información a cargo del agente que sirve para calcular su participación en el

MD

7

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

cargo por capacidad es errónea, se pierda el beneficio que surge de la consideración de tal información, pero, se insiste, no como una sanción, sino como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria a la cual están sujetos los pagos por concepto de cargo por capacidad.

Como se indicó en la relación fáctica contenida en esta decisión, mediante auto del 15 de noviembre del 2005, se dio inicio a la presente actuación administrativa poniendo en conocimiento de Termocartagena el objeto de la misma y señalándole expresamente que su fundamento regulatorio surge de lo dispuesto por el artículo 10 numeral 10.5 de la Resolución CREG - 116 de 1996 en la forma en que fue modificado por el artículo 1o. de la Resolución CREG - 083 de 2000, es decir, quedó suficientemente claro que se trata de una actuación administrativa para determinar si se cumplió la condición resolutoria a que están sometidos los pagos por concepto de Cargo por Capacidad y no de una de actuación para la imposición de una sanción.

2. Análisis de la presunta discrepancia

De conformidad con el artículo 10 numeral 10.5 de la Resolución CREG-083 de 2000, es la existencia de discrepancias entre los valores verificados y los valores de los parámetros reportados por los agentes por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG, la que da lugar al efecto previsto en estas disposiciones; esto es, asumir que el VD (Valor a Distribuir) de la planta y/o unidad de generación con discrepancias es igual a cero(0).

El informe de verificación de parámetros del cargo por capacidad 2004-2005 elaborado por la firma Price Waterhouse Asesores Gerenciales Ltda. concluyó respecto del valor declarado para el parámetro de Indisponibilidad Histórica - IH del Cargo por Capacidad Vigencia 2004 - 2005, de la planta Termocartagena 3, que existe discrepancia entre el valor verificado por PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA, y el declarado por TERMOCARTAGENA S.A ESP ante la CREG. Dicha discrepancia, según PwC AGA, consiste en que el valor por él calculado para el referido parámetro es de 77.3805%, mientras que el reportado por Termocartagena S.A. E.S.P a la CREG es de 9.9854%. De lo anterior infiere que el valor declarado por Termocartagena S.A. E.S.P es inferior al calculado por la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA en más del 10%, evaluando ambas cifras con una aproximación de cuatro decimales, lo cual constituye una discrepancia de acuerdo con lo establecido en el Anexo General de la Resolución CREG-006 de 2001, específicamente, en el apartado "Margen de error" del parámetro "IH's Plantas Térmicas" del cuadro titulado "PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE PARÁMETROS" de la referida resolución.

El valor de 9.9854% declarado por Termocartagena para el parámetro de Indisponibilidad Histórica - IH del Cargo por Capacidad Vigencia 2004 - 2005, de la planta Termocartagena 3, se encuentra acreditado en la actuación con la copia de la respectiva declaración de parámetros hecha mediante comunicación con radicación CREG - E-2004-008991 del 5 de noviembre de 2004 (Fol. 103) y sobre este aspecto nada controvierte Termocartagena. Sus discrepancias con el

MD

2

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

informe de PwC AGA se refieren al valor calculado por esta empresa (77.3805%). Veamos entonces este extremo de la discrepancia.

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

"IH's Plantas hidráulicas"

Documentos base	Resolución CREG-083 de 2000. Resolución CREG-073 de 2000. Acuerdo 103 del CNO de noviembre 15 de 2000. Información histórica Bitácoras de planta. Eventos de unidades de generación registrados en el CND.
Alcance	Determinar si el cálculo de los Índices de Disponibilidad históricos IH's, reportados por los agentes de aquellas plantas y unidades hidráulicas que resulten seleccionadas en la muestra para ser verificado dicho parámetro, corresponde con lo establecido en el anexo CO-1 del Código de Operación.
Actividades de la firma contratada para la verificación de parámetros	<ul style="list-style-type: none"> • Recibe del CND los valores declarados por los agentes ante la CREG. • Solicita a cada agente las Bitácoras de planta. • Conformar una base de cálculo con la información de las Bitácoras. • Solicita al CND y si es del caso al CRD la relación de los eventos registrados durante el periodo de verificación. • Si en la relación entregada por el CND existe un número de eventos superior en 10% al número de eventos registrados por el agente en su bitácora, procede a la inclusión de los eventos verificados dentro de la base de cálculo. • Determina si se trata de una planta o unidad con información insuficiente de acuerdo con el criterio de la resolución CREG 073/2000 y el margen de error definido para esta clasificación, como se explica adelante. • Con la información de la base de cálculo procede al cálculo de los IH's.
Margen de error	<p>Se considerará discrepancia si el valor declarado de IH es inferior al calculado por la firma que realiza la verificación de parámetros, en más del 10%, evaluando ambas cifras con una aproximación a cuatro decimales.</p> <p>Se aceptará la consideración del agente como unidad con información insuficiente si las horas de operación, más horas de indisponibilidad, no superan el 21% de las horas de los tres (3) años contemplados para su cálculo, evaluando ambas cifras porcentuales con una aproximación a dos decimales</p> <p>Se aceptará la consideración del agente como unidad con información suficiente si las horas de operación, más las horas de indisponibilidad son del 19% o más de las horas de los tres (3) años contemplados para su cálculo, evaluando ambas cifras porcentuales con una aproximación a dos decimales."</p>

En su defensa Termocartagena arguye que la citada Resolución CREG - 006 de 2001 no precisa la bitácora que debe utilizar el verificador para hacer su evaluación y que el "auditor" debería haber realizado el análisis con las tres fuentes posibles de información (información suministrada por el CND, bitácora física y bitácora electrónica). Agrega que, sin embargo, la verificación la hizo teniendo en cuenta únicamente la bitácora física excluyendo las otras dos fuentes posibles. Dice que PwC AGA hace una incorrecta interpretación de la Ley y que en consecuencia emitió un informe que adolece del vicio de imprecisión, falta de claridad y que contraría los principios generales establecidos para la verificación de parámetros por la regulación de la CREG; que con su comportamiento se aleja de los criterios de interpretación de la Ley establecidos en el Código Civil y vulnera derechos de rango constitucional como el Debido Proceso y la Presunción de Buena Fe que hace parte del bloque de legalidad.

MD

7

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

Debe establecerse entonces si PwC AGA en su labor de verificación incurrió en las inconsistencias que le imputa Termocartagena y si éstas, de existir, tienen la virtualidad de refutar sus conclusiones.

2.1. Bitácora Electrónica

PwC AGA en su informe de verificación del Cargo por Capacidad 2004 - 2005 (Fol.107) dentro del título de "procedimientos efectuados" relata que solicitó a Termocartagena la Bitácora de Planta y que ésta le hizo llegar la bitácora conformada por diecinueve (19) libros así como una "bitácora electrónica" contenida en un disco compacto bajo software Fox Pro (Fol. 109). Tal aseveración se encuentra acreditada con copia de las respectivas cartas remisorias que dan cuenta que Termocartagena inicialmente respondió el requerimiento de información, enviando a PwC AGA mediante comunicación del 30 de marzo de 2005 (Fol. 180) la que se ha denominado bitácora física y que solo hasta el 16 de mayo del mismo año, le remitió la que se ha denominado bitácora electrónica (Fol. 179).

Prosigue su informe de verificación PwC AGA, señalando lo siguiente (Fol. 109):

"Con el propósito de tomar como base de cálculo la Bitácora Electrónica, PwC AGA efectuó una revisión aleatoria entre la Bitácora Física y la Bitácora Electrónica con el objeto de revisar la fidelidad de la información de esta última, evidenciando que esta no contenía toda la información sobre eventos que si estaban descritos en la bitácora física. Por lo anterior, la Bitácora Electrónica no fue aceptada por PwC AGA para realizar el cálculo de IH por existir diferencias con la información relacionada con la Bitácora física, tal como lo indica nuestra comunicación enviada a Termocartagena S.A. E.S.P., documento número 4500030776-CXC-59 del 1 de julio de 2005. (Ver Anexo 3)."

Más adelante, agrega lo siguiente sobre la misma materia:

"Teniendo en cuenta los procedimientos efectuados para la generación del informe preliminar para discusión con el Agente, las reuniones efectuadas con este y la consulta y respuesta de la CREG, PwC AGA considera que la fuente de información más fiable para el verificador es la Bitácora física por las siguientes razones:

- *Existe una Bitácora física, donde los operadores de la planta de Termocartagena 3 registran directamente los eventos sucedidos durante el período de verificación.*
- *La Bitácora Electrónica surgió se constituyó (sic) mediante un proceso de implementación de software, mediante el cual se efectuó la migración de datos desde la Bitácora física, y donde el Agente acepta que pudieron haber ocurrido errores en dicho proceso de digitalización y migración de datos.*
- *Tanto la Bitácora física como la Bitácora Electrónica presentaban registro de eventos diferentes, dejando abierta la posibilidad de ambas fuentes de información como válidas.*

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

- *Por otro lado, de acuerdo con el criterio de la resolución CREG 073/2000 acerca de la suficiencia de información para el cálculo del parámetro y el margen de error definido en la Resolución CREG 006 de 2001, nos permite concluir que se trata de una planta con información insuficiente. Por lo anterior, el "universo" de información que nos interesa para efectos de la verificación del cálculo del IH, según la Resolución CREG 073/2000 es la Estación de Verano.*
- **Realizando una comparación entre la Bitácora física, la Bitácora Electrónica y los eventos registrados por el CND se observa que los eventos de indisponibilidad presentan diferencias, por lo cual se hace un análisis adicional sobre estos eventos. En dicho análisis se observa que:**
 - 1) **La totalidad de eventos de indisponibilidad registrados en la Bitácora física no se encuentran registrados en la Bitácora Electrónica;**
 - 2) **Existen Eventos registrados en el CND que no están registrados en la Bitácora Electrónica; y**
 - 3) *Algunos eventos registrados en la Bitácora física y en la Bitácora Electrónica difieren en su duración." (hemos destacado)*

Como se puede advertir de los apartes transcritos del informe de verificación, no es cierto como lo alega Termocartagena que PwC AGA haya ignorado en sus análisis la denominada Bitácora Electrónica. Todo lo contrario, la tuvo muy en cuenta pero para despreciarla como fuente idónea de información.

En efecto, PwC confrontó la bitácora física con la Bitácora Electrónica para revisar la fidelidad de la información de esta última y, en resumen, encontró:

- Que la bitácora electrónica no contenía toda la información sobre eventos que si estaban descritos en la bitácora física.
- Que es en la bitácora física donde los operadores registran directamente los eventos sucedidos durante el período de verificación.
- Que la Bitácora Electrónica es producto de la migración de datos desde la bitácora física.
- Que el propio agente acepta que en esta migración se pudieron cometer errores.
- Que la totalidad de eventos de indisponibilidad registrados en la bitácora física no se encuentran registrados en la Bitácora Electrónica.
- Que existen eventos registrados en el CND que no están registrados en la Bitácora Electrónica.

No fue entonces inmotivado el desprecio de que fue objeto la llamada Bitácora Electrónica para el cálculo del valor del IH. Surgió de serios motivos encontrados en el análisis de esta Bitácora, los cuales fueron comprobados con el material probatorio que se allegó a la actuación, adicional al Informe de Verificación.

En el dictamen pericial rendido dentro de la actuación, el cual no fue cuestionado por la interesada, el perito designado a la pregunta acerca de cuál de las Bitácoras contiene el registro de los eventos reales sucedidos durante la operación de la planta, respondió:

MD

J

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

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

Entre las razones que lo llevaron a esta conclusión, expresa que durante la operación de la planta la bitácora física siempre ha estado en funcionamiento y que la bitácora electrónica entró en funcionamiento aproximadamente desde enero de 2005, por lo tanto, los datos que se encuentran en la bitácora electrónica anteriores a esta fecha, fueron ingresados mediante una persona encargada de la transcripción. Como consecuencia obvia de lo anterior, en la respuesta a la pregunta 3 del cuestionario responde (Fol. 260) que los eventos sucedidos antes de enero de 2005 fueron registrados directamente, únicamente, en la bitácora física.

Adicionalmente, los testigos citados a instancia de la apoderada de Termocartagena y empleados de esta empresa para la fecha de la declaración de parámetros para la corrida del cargo por capacidad 2004 – 2005, son contestes en afirmar que la bitácora electrónica es una transcripción de la bitácora física:

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

“Inicialmente el jefe de turno registra los eventos operativos de la unidad en una bitácora física, posteriormente los datos operativos son ingresados al programa computacional denominado bitácora electrónica. Esta herramienta computacional permite calcular las horas de operación y las horas de indisponibilidad requeridas para el cálculo del parámetro en mención.” (Fol. 244) (hemos subrayado)

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

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

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

“La información que se transcribía de los eventos diarios en la bitácora electrónica en un programa y el programa que calculaba las horas de

TRD

7

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

indisponibilidad, horas de operación y con esos datos se calculaba la indisponibilidad histórica.” (F. 250) (hemos subrayado)

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

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

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

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

La regulación de la CREG, específicamente, el Anexo General de la Resolución CREG – 006 de 2001, ciertamente no califica el tipo de Bitácoras que solicita al agente, pero de ello no se sigue que el agente tenga la discrecionalidad de presentar como bitácora de la planta cualquier información sin importar que se aleje de la realidad de los eventos ocurridos durante su operación. Es que a la regulación de la CREG no le interesa, ni tiene porque interesarle, el medio en el que se lleve la bitácora de la planta. Su elección si es una prerrogativa del agente. Lo que interesa es la fidelidad de la información contenida en este medio, la cual fue identificada por PwC AGA y el perito y se deduce de las declaraciones de los testigos, en la denominada bitácora física y desechada en la denominada bitácora electrónica, entre otras, por no contener toda la información sobre eventos, especialmente, de indisponibilidad, lo cual, a la postre, condujo a una mayor e injustificada asignación de Capacidad Remunerable Teórica – CRT a favor de Termocartagena.

En estos términos, la invocación que hace la defensa de Termocartagena de los artículos 27 y 29 del Código Civil y del principio del Derecho, según el cual “Donde la ley no distingue no es dado hacerlo al interprete hacerlo”, como trasgredidos por la actuación de PwC AGA, es infundada.

Quien distinguió indebidamente entre bitácoras físicas y electrónicas fue Termocartagena, que le dio la calidad de bitácora a la información electrónica deficientemente extractada de la verdadera bitácora, denominada también por Termocartagena la bitácora física. Bien hizo entonces PwC AGA al considerar en

MD

J

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

sus cálculos esta bitácora física, fuente directa de la información de eventos de la planta Termocartagena 3, con lo cual, lejos de desatender el sentido del concepto de bitácora contenido en la Resolución CREG - 006 de 2001, lo aplicó teniendo por tal, a la verdadera fuente de información y no ha su distorsionado reflejo.

2.2. Información suministrada por el CND

Como la defensa de Termocartagena alega que la verificación a cargo de PwC AGA se hizo teniendo en cuenta únicamente la bitácora física excluyendo las otras dos fuentes posibles (Fol.54), se hace necesario también establecer si esta empresa verificadora ignoró la información suministrada por el CND.

En el informe de verificación de PwC AGA entregado el 29 de septiembre de 2005, dentro del título de "Procedimientos Efectuados" se lee (Fol. 109) lo siguiente:

- *"Se recibió del CND la relación de los eventos registrados durante el periodo de verificación.*
- *Se verificó que en la relación de eventos entregada por el CND existe un número de eventos superior en 10% al número de eventos registrado por el agente en su Bitácora Física, por lo cual fue necesario incluir los eventos verificados dentro de la base de cálculo."*

De lo transcrito se evidencia que PwC AGA si tuvo en cuenta la información suministrada por el CND y que el tratamiento que le dio a esa información fue el ordenado por la Resolución CREG - 006 de 2001, Anexo General, título "IH's Plantas Térmicas", por lo tanto, no es cierto que PwC AGA haya ignorado la información de eventos registrados ante el CND.

2.3. El debido proceso y la presunción de buena fe

En síntesis, Termocartagena hace residir el presunto desconocimiento de su derecho al debido proceso por parte de PwC AGA en que esta empresa en su informe no tuvo en cuenta la bitácora electrónica que empleó Termocartagena para calcular el índice de indisponibilidad histórica reportado para la corrida del cargo por Capacidad 2004 - 2005.

Ya ha quedado suficientemente claro, por los motivos expuestos en el numeral 2.1 de estas consideraciones, que no es cierto que PwC AGA no haya tenido en cuenta en su informe de verificación, la denominada Bitácora Electrónica suministrada por el agente. La tuvo en cuenta para desconocerla como fuente idónea de información para calcular el IH por las razones que ya se expusieron y que, en sentir de la CREG, llevan a concluir que la bitácora electrónica no es tal bitácora sino representación imperfecta de la verdadera bitácora. Por este aspecto, entonces, no se vislumbra violación alguna al derecho al debido proceso pues PwC AGA consideró en sus cálculos e informe, la bitácora que refleja la verdadera disponibilidad de la planta y con ello dio cabal cumplimiento a lo previsto en el Título de "IH's Plantas Térmicas" del Anexo General de la Resolución CREG - 006 de 2001.

MAD

J

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

pues no cabría interpretar que en estas disposiciones, cuando se alude al concepto de bitácora, se esté haciendo referencia o dando prioridad a una supuesta bitácora integrada por datos indebidamente migrados de la bitácora física.

Mal haría PwC AGA, - en ello si podría existir violación del procedimiento señalado para la verificación de parámetros- en considerar en su labor de verificación y para calcular el índice de indisponibilidad histórica de una planta de generación, una supuesta bitácora electrónica que no refleja todos los eventos de la planta, incluidos los de indisponibilidad, cuando tiene a su alcance, por remisión del propio agente, la fuente originaria de información. Una información inconsistente y errónea no puede conducir al objetivo del índice de indisponibilidad histórica IH, cual es el de representar la disponibilidad de la planta para efectos de remunerar la firmeza que le aporta al sistema en periodos de hidrología crítica. Es que no es del arbitrio del agente reportar su índice con cualquier base de cálculo que se le denomina "bitácora" para luego pretender que ella le sea aceptada, simplemente, por que fue la que utilizó para sus cálculos, pasando por alto que lo que se pretende con éste índice es representar la real disponibilidad de la planta y que, por ello, la verificación no puede conformarse con constatar una simple igualdad numérica producto de una información inconsistente, ignorando otros informes que le revelan que la bitácora electrónica, por muy utilizada por el agente, adolece de series inconsistencias frente a la fuente primaria de información.

Adicional a que por este aspecto no se vislumbra violación por parte de PwC AGA del debido proceso, vale observar que, según lo refiere el informe presentado por esta empresa, en la verificación del índice de indisponibilidad histórica IH declarado por Termocartagena para la planta Termocartagena 3 se agotaron todas las etapas de los procedimientos de verificación de parámetros previstas en la Resolución CREG - 006 de 2001², incluida la etapa de validación de conclusiones con el agente (Fol. 110) dispuesta por el artículo 2 numeral 2.6 ibidem que destacamos en la medida en que en ella se realizaron dos reuniones con el agente, previa citación y envío del informe preliminar, en las cuales, como lo refiere el informe (Fol. 11 del expediente), éste manifestó que algunos de los eventos considerados - se supone, en el calculo del IH-, son externos y no afectan el cálculo, para lo cual se comprometió a enviar los documentos que soportan esta afirmación. No obstante, agrega el verificador, hasta la fecha de emisión del informe no se recibieron tales documentos como tampoco se han recibido durante el desarrollo de esta actuación ni la defensa alegó cosa alguna en tal sentido.

En conclusión, no se evidencian en el actuar de PwC AGA los vicios procedimentales que le endilga Termocartagena.

Tampoco se evidencia que PwC AGA haya violentado con su informe la presunción de buena fe dispuesta en el artículo 83 de la Constitución.

² De ello da cuenta el informe de verificación presentado por PwC AGA (Rad. E-2005-007312), específicamente, en su Título "Procedimientos Efectuados" (Fol. 109 del expediente)

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

Según Termocartagena, tal trasgresión consiste en que PwC AGA presume su mala fe, al usar sólo la fuente de información que le perjudica, cuando esta empresa ha sido categórica en afirmar que el informe rendido por ella se basa en su bitácora electrónica.

En primer término, en el informe de PwC AGA no se hace valoración alguna sobre la conducta de Termocartagena y menos se afirma o siquiera sugiere que ésta haya obrado de mala fe.

En segundo término, la utilización de la bitácora física para la realización del informe, no estuvo motivada en que ésta fuera la fuente de información que más perjudicaba a Termocartagena. En ninguna parte del informe se afirma tal cosa. Las razones para utilizar tal bitácora física aparecen ampliamente explicadas en el informe y dicen relación con la calidad de la información y no de la empresa.

Finalmente, no creemos que el ejercicio diligente de las labores de verificación a cargo de PwC AGA se constituya en violación del principio de buena fe. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que cuando los auditores, interventores y, en general, verificadores en el ejercicio de sus funciones, se apartan de las razones de los auditados e intervenidos por existir motivos fundados, objetivos y comprobables, se trasgrede el principio de buena fe y que, por lo tanto, su labor de verificación debe reducirse a ratificar el dicho de los auditados, intervenidos o verificados. Para la CREG, ese no puede ser el sentido de la labor de verificación, el cual, de aceptarse, haría nugatoria esta labor.

La jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de disposiciones legales que establecen el sometimiento de actividades de los particulares a verificaciones sobre su correcto ejercicio, ha reconocido que verificar, revisar o auditar no implica desconocer el principio de buena fe ni presumir la mala fe³.

³Así mismo, el juez constitucional ha considerado que **el principio de la buena fe no implica que las autoridades públicas deban regular los asuntos suponiendo que las personas se portan siempre bondadosamente y que cumplen voluntariamente con todas sus obligaciones legales**. Tampoco se opone a que, con el propósito de salvaguardar el interés general, el legislador prevea la posibilidad de que se den ciertos comportamientos contrarios a derecho y adopte medidas para prevenir sus efectos ni a que se establezcan determinadas regulaciones y trámites administrativos.

(...)

Considera la Corte, que **el deber impuesto por el legislador de revisión técnico-mecánica bianual para los vehículos particulares no es una medida que lesione el principio de la buena fe por cuanto el legislador no partió de la mala fe de los propietarios o tenedores de los mencionados automotores, sino que ideó este mecanismo para ejercer un mejor control sobre el buen estado de funcionamiento de los vehículos que circulan por las vías y carreteras del país**, a fin de prever que su circulación se haga en condiciones tales que garanticen la seguridad de todos los ciudadanos, conductores, pasajeros y peatones, y de tal manera cumplir con el deber de protección del interés general implícito en la regulación del derecho a la libre circulación.” (hemos destacado) Corte Constitucional, Sentencia C-131/04, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

MD

7

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

3. Materialización de la discrepancia

De conformidad con el artículo 10 numeral 10.5 de la Resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG - 083 de 2000, la existencia de discrepancias entre los valores verificados y los valores de los parámetros reportados por los agentes por fuera de los rangos de holgura o margen de error definidos por la CREG, da lugar a asumir que el VD (Valor a Distribuir) de la planta y/o unidad de generación con discrepancias es igual a cero (0).

En el presente caso está demostrado lo siguiente:

- a) Que Termocartagena mediante comunicación TER 0337-04 del 4 de noviembre de 2004 y radicación CREG E-2004-008991 del 5 de noviembre del mismo año (Fol. 103 del expediente), reportó el siguiente valor en el parámetro índice de indisponibilidad histórica de la planta Termocartagena 3 para la corrida del cargo por capacidad del periodo 2004 - 2005: 9.9854%.
- b) Que PwC AGA, firma verificadora, mediante informe de verificación entregado mediante comunicación con radicación CREG E-2005-07312 del 29 de septiembre de 2005, calculó el siguiente valor para el parámetro índice de indisponibilidad histórica de la planta Termocartagena 3 para la corrida del cargo por capacidad del periodo 2004 - 2005: 77.3805% (Fol. 111 del expediente).

El anterior valor fue ratificado en el dictamen entregado por el perito y no controvertido por Termocartagena (Fol. 262 del expediente).

- c) Que el valor declarado por Termocartagena para el índice de indisponibilidad histórica de la planta Termocartagena 3 (9.9854%) está por fuera del margen de error permitido en el Anexo General de la Resolución CREG - 006 de 2001, puesto que es inferior al calculado por PwC AGA (77.3805%) en más del 10%.

4. Consecuencias de la materialización de la discrepancia

De conformidad con el artículo 10 numeral 10.5 de la resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG - 083 de 2000, la comprobación de la referida discrepancia en el valor declarado por Termocartagena para índice de indisponibilidad histórica de la Planta Termocartagena 3, produce las siguientes consecuencias:

- a) Se debe asumir que el VD (Valor a Distribuir) de la planta Termocartagena 3, es igual a cero (0) en las estaciones de verano e invierno comprendidas entre el 1 de diciembre de 2004 y el 30 de noviembre de 2005.
- b) Se debe ordenar la cesación de pagos por concepto de cargo por capacidad que aun no se hayan hecho, y

1180

2

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

- c) Se debe ordenar la devolución de los pagos recibidos de la manera que se dispone en los numerales 10.7 a 10.9 del artículo 10 de la resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG - 083 de 2000.

Las eventuales consecuencias punitivas por el reporte de información inexacta no son de la competencia de la CREG conforme a lo expuesto en el numeral 1 de esta parte valorativa, debiéndose esta entidad limitar entonces a compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 10 numeral 10.10 de la resolución CREG - 116 de 1996 modificado por el artículo 1 de la Resolución CREG - 083 de 2000.

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No. 299 del día 17 de agosto de 2006, acordó expedir la presente Resolución;

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

R E S U E L V E:

ARTÍCULO 1o. Declarar que existió una discrepancia entre el valor declarado (9.9854%) por la empresa TERMOCARTAGENA S.A E.S.P para el índice de indisponibilidad histórica IH de la planta Termocartagena 3 para la corrida del cargo por capacidad del periodo 2004 - 2005 y el valor verificado (77.3805%) por la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA y reportado en informe entregado mediante comunicación con radicación CREG E-2005-07312 del 29 de septiembre de 2005.

ARTÍCULO 2o. Declarar que el VD (Valor a Distribuir) por concepto de cargo por capacidad de la planta Termocartagena 3, es igual a cero (0) en las estaciones de verano e invierno comprendidas entre el 1 de diciembre de 2004 y el 30 de noviembre de 2005.

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

ARTÍCULO 4o. TERMOCARTAGENA S.A E.S.P deberá devolver los valores recibidos por concepto de cargo por capacidad de la planta Termocartagena 3 en las estaciones de verano e invierno comprendidas entre el 1 de diciembre de 2004 y el 30 de noviembre de 2005, en un término máximo de tiempo equivalente al periodo durante el cual los estuvo recibiendo, adicionando a este monto los intereses correspondientes a la tasa de interés bancario corriente, certificada mensualmente por la Superintendencia Financiera, sobre el saldo adeudado hasta el día en que la deuda sea completamente pagada.

ARTÍCULO 5o. XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) acordará con TERMOCARTAGENA S.A E.S.P en un plazo no mayor a diez (10) 7

1180

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

contados a partir del recibo de la comunicación de esta resolución un cronograma de devolución de los valores recibidos, respetando el plazo máximo establecido. De no llegarse a un acuerdo, el ASIC descontará las sumas adeudadas por el agente, con los respectivos intereses, de las notas crédito que resulten a su favor, dentro el plazo máximo establecido.

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

ARTÍCULO 6º. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10.9 del artículo 10 de la Resolución CREG - 116 de 1996, la diferencia entre el valor a recaudar para la totalidad del sistema y el valor a distribuir de los agentes que no presentan discrepancias, será asignada a los comercializadores en proporción a la demanda del mes. El valor asignado al comercializador se deberá considerar como un menor valor del costo de compra de energía y será deducido en el componente G del Costo Unitario de prestación del servicio del comercializador para su mercado regulado, y deberá ser reconocido a los Usuarios No Regulados en los respectivos contratos, inmediatamente sea asignado el valor señalado.

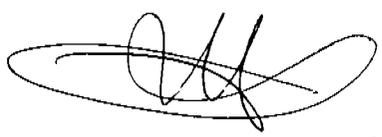
ARTÍCULO 7º. Compúlsense copias de esta resolución a la Fiscalía General de la Nación y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para los fines indicados en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO 8º. La presente Resolución deberá notificarse personalmente a la empresa TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. y una vez ejecutoriada, debe ser comunicada a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. Contra las disposiciones contenidas en esta Resolución procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante la Dirección Ejecutiva de la CREG dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., el día 17 AGO. 2006


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


CAMILO QUINTERO MONTAÑO
Director Ejecutivo