



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 060 DE 2013

(22 MAYO 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. en contra de la Resolución CREG 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

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 2253 de 1994 y 2696 de 2004.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

En virtud de 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.

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

Mediante la comunicación con radicado CREG E-2012-010421 la empresa XM S.A. E.S.P. solicitó el ajuste al Ingreso Máximo Regulado para el periodo junio de 2013 a mayo de 2014.

A través de la Resolución CREG 054 expedida el 3 de mayo de 2013, se resolvió la solicitud de XM, ajustando la remuneración de los servicios regulados del Centro Nacional de Despacho, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales y el Liquidador y Administrador de Cuentas. De la misma forma se

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

aprobó a esta empresa las inversiones para el periodo junio de 2013 a mayo de 2014, de conformidad con el Artículo 6 de la Resolución CREG 081 de 2007.

Con fundamento en el artículo 113 de la Ley 142 de 1994, dentro del término estipulado para ello, en escrito radicado en la CREG bajo el número E-2013-004070 XM interpuso recurso de reposición contra la Resolución CREG 054 de 2013, concretamente en relación con el reconocimiento de los gastos de defensa judicial cuando expresa la recurrente:

"El recurso de reposición se concentra en el no reconocimiento de los gastos de defensa judicial asociados con demandas instauradas por los agentes del mercado, por la aplicación por parte del ASIC, el CND o el LAC de la reglamentación vigente, en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado, para el periodo tarifario junio 2013 - mayo 2014, por valor de \$131 millones (pesos 2007)."

En relación con esto la recurrente realiza las siguientes solicitudes:

"Con base en lo anteriormente expuesto, solicitamos muy respetuosamente a la CREG, se sirva: i) Reponer la Resolución CREG 054 de 2013 en los aspectos relacionados con la negativa a reconocer los gastos para atender la defensa judicial de la empresa y ii) Aceptar el reconocimiento de \$131 millones de pesos (pesos del 2007), tal como se fundamentó en la solicitud inicialmente planteada a la CREG."

Lo anterior, resumiendo los argumentos que sustentan su recurso en los siguientes apartes:

"La Resolución CREG 054 de 2013 no puede tener como sustento legal, la Sentencia del Consejo de Estado dentro de los expedientes 1100103240020030025401 y 11001032400020030053701, ya que esta sentencia no tiene la característica de ser Sentencia de Unificación Jurisprudencial que es la única que tiene la virtud de ser fuente formal del derecho de acuerdo con el nuevo Código Contencioso Administrativo y las Sentencias de la Corte Constitucional.

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

De igual manera, estamos frente a la falta de motivación de la Resolución 054 de 2012, consistente en omitir manifestarse sobre todos aquéllos puntos que la ley establece para el reconocimiento del régimen tarifario para la remuneración de los servicios del CND-ASIC-LAC y que al no considerar dicha fundamentación legal, su omisión acarrea un vicio del acto administrativo."

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

"II. Fundamentos Legales del Recurso.

XM considera que la decisión de la Comisión no es ajustada a derecho, toda vez

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

que la Sentencia del Consejo de Estado sobre la nulidad de los parágrafos 2 y 3 del Artículo tercero de la Resolución CREG 083 de 2002, solo cubre a la citada norma y por tanto, no puede ser aplicada a una norma vigente como lo es la Resolución CREG 081 de 2007. Esta norma es de obligatoria aplicación y por encontrarse vigente, sin haber sido revocada, anulada o suspendida provisionalmente, se encuentra amparada por la presunción de validez de los actos administrativos.

A continuación se exponen los fundamentos legales que soportan dicha conclusión:

1. Legalidad y vigencia de la Resolución CREG 081 de 2007 y de la Resolución CREG 060 de 2009

El artículo 238 de la Constitución Política dispone:

'ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.'

Los artículos 88, 89 y 91 de la Ley 1437 de 2011 consagran:

'ARTICULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.'

Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

ARTICULO 89. CARÁCTER EJECUTORIO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR AUTORIDADES. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.

'ARTICULO 91. PERDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Perderán obligatoriedad y por lo tanto no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

- 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
- 5. Cuando pierdan su vigencia.'*

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

Antes de comenzar el análisis de las normas transcritas, es necesario advertir que la actuación administrativa que culminó con la expedición de la Resolución 054 de 2013, inició el 30 de octubre de 2012 y para dicho momento ya había empezado a regir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la ley 1437 de 2011, razón por la cual aplica a la presente actuación administrativa aplican las normas que contiene la Ley 1437 de 2011.

Las normas transcritas regularon la fuerza obligatoria de los actos administrativos, los cuales serán siempre obligatorios y gozan de presunción de validez, salvo que se den las circunstancias definidas por el artículo 91 del C.P.A.C.A. Este es un pilar fundamental de la seguridad jurídica de los administrados.

Así las cosas, las resoluciones 081 de 2007 y 060 de 2009 de la CREG, que no han perdido validez ni ejecutoriedad con base a las normas antes transcritas, legitiman a XM para solicitar al regulador un ajuste a la remuneración originado entre otras cosas por los 'gastos de defensa judicial asociados con demandas instauradas por los agentes del mercado, por la aplicación por parte del ASIC, el CND o el LAC de la reglamentación vigente, en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado'.

En ese sentido, la CREG como autoridad responsable de la expedición de las Resoluciones 081 de 2007 y 060 de 2009, está obligada al cumplimiento de las mismas, y por lo tanto no existe razón o causa legal para su inaplicación.

En consecuencia, en el marco de la seguridad jurídica que reclaman los administrados en un estado de derecho, la decisión del Regulador de negar el reconocimiento de los gastos de defensa judicial tiene graves implicaciones jurídicas, por cuanto la administración no tiene la capacidad legal de inaplicar una norma vigente en el ordenamiento jurídico, como es la Resolución CREG 081 de 2007, contrariando las normas sobre ejecutoriedad de los actos administrativos, so pretexto de dar aplicación a una Sentencia de nulidad dictada en relación con una norma jurídica particular y diferente, en un proceso judicial en el que no hubo un pronunciamiento expreso sobre la Resolución CREG 081 de 2007.

2. El Precedente Judicial en Colombia según la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-539 de 2011, expresó que el precedente judicial tiene fuerza de vinculación obligatoria no sólo para los jueces sino también para las autoridades administrativas, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

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

En cumplimiento del primer requisito para la vinculación del precedente judicial, la Sentencia de Unificación, es aquella expedida en el marco del Artículo 270 del nuevo Código Contencioso 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. en contra de la Resolución CREG 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

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

A pesar de lo expuesto, la CREG en la Resolución 054 de 2013 aduce como único argumento para negar los gastos de defensa judicial, la aplicación del Precedente Judicial como fuente indirecta de derecho, lo cual se evidencia en los siguientes apartes del documento CREG 037 de 2013:

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

Así mismo, resulta claro e irrefutable que el H Consejo de Estado consideró que la Comisión de Regulación de Energía y Gas carece de competencia para reconocer los gastos de defensa judicial en que incurra el prestador de los servicios del CND, ASIC y LAC (...)’

b. ‘Los argumentos de hecho y derecho expuestos en dicho fallo tienen el carácter de precedente judicial, por lo que mal haría la Comisión en contrariar dicho precedente y expedir un acto administrativo cuya contradicción con la interpretación que de las leyes 142 y 143 de 1994 hizo el Consejo de Estado’ (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, cuando se lee en forma desprevenida la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado del 16 de febrero de 2012 dictada dentro del proceso de nulidad de la resolución 083 de 2002 de la CREG, ninguna parte, frase o locución de la misma permite deducir que la intención del Máximo Juez de la jurisdicción contencioso administrativa fue la de expedir una norma o regla de derecho que tuviera los efectos de un ‘precedente judicial’ o pudiera modificar o derogar los reglamentos y los actos administrativos particulares expedidos por la CREG. El mismo fallo del Consejo de Estado limita sus efectos al análisis del acto acusado, como se observa en el siguiente párrafo de la sentencia:

‘2. El pronunciamiento de fondo, pese a la derogación del acto acusado. Aun cuando la Resolución 083 de 2002, a que pertenecen las disposiciones acusadas, fue derogada por el artículo 7 de la Resolución CREG 116 de 2003 (8 de diciembre) y en consecuencia dejó de producir efectos a partir de la entrada en vigencia de ésta última, conforme a reiterada jurisprudencia, la Sala se pronunciará sobre su legalidad, teniendo en cuenta que las disposiciones acusadas produjeron efectos jurídicos durante su vigencia.’

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

Es evidente que la Sala sólo se pronunció sobre las normas acusadas, y por lo tanto era consciente que ya no regían, y la decisión de fallar sobre su nulidad tenía como sustento el que habían producido efectos jurídicos en el pasado.

Por lo tanto, a pesar de que la Resolución CREG 083 de 2002, derogada por la Resolución 116 de 2003, se encontraba vigente con anterioridad a la admisión de la demanda por parte del Consejo de Estado al momento en que se declara nula, ya no hacía parte del ordenamiento jurídico, por lo que los efectos de la nulidad de la sentencia no se presentan en el mundo material, como lo expresó el Consejo de Estado al manifestar que no obstante encontrarse derogada, se pronunciaría sobre su legalidad teniendo en cuenta que las disposiciones acusadas produjeron efectos jurídicos durante su vigencia.

Adicionalmente, la definición de 'Sentencia de Unificación Jurisprudencial', no es aplicable a la Sentencia emitida por el Consejo de Estado, por cuanto no existen otras sentencias que traten sobre el mismo tema, además de ser una sentencia unitaria, de sala de decisión y no de sala plena, expedida dentro de un caso particular y que solo aplica para ese caso concreto.

Por lo anterior, no se entiende cómo, de la Sentencia del Consejo de Estado referida por la CREG en la Resolución 054 de 2013, pueda desprenderse semejante consecuencia, como lo es sacar del ordenamiento jurídico unos actos administrativos válidos y vinculantes, como son la Resolución CREG 081 de 2007 y 060 de 2009 e inaplicarlos como si hubieran sido sometidos a un juicio de constitucionalidad, situación que nunca ocurrió.

En ese orden de ideas, el raciocinio de la CREG, que se insiste, en ningún caso puede serle atribuido al Consejo de Estado en su sentencia, genera múltiples cuestionamientos sobre las consecuencias jurídicas que puede tener dicha posición sobre el administrado, los cuales se enuncian a manera de interrogantes:

Unos párrafos de la parte motiva de una sentencia, pueden dejar sin efecto (derogar, subrogar, modificar) los reglamentos que por vía general hayan dictado las autoridades competentes?

- Qué clase o tipo de norma jurídica son esos párrafos de la sentencia: leyes en sentido material, reglamentos de los que expide el Presidente de la República, regulaciones técnicas de las que expiden las Comisiones de Regulación, o una nueva clase de normas llamadas 'precedentes'?

- Cuáles son los efectos en el tiempo de tales normas dictadas en la parte motiva de las sentencias?

- Cómo se publican esas normas, y cuándo empiezan a regir?

- Como se controlan las normas jurídicas generales dictadas en la parte motiva de las sentencias?

- Pueden las Autoridades administrativas variar o cambiar las normas reglamentarias dictadas en la parte motiva de las sentencias?

65

66

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

- *Unos párrafos de la parte motiva de una sentencia pueden desconocer las situaciones jurídicas consolidadas otorgadas a unos particulares por los reglamentos y actos administrativos?*
- *Qué ocurre con el derecho de defensa de esos particulares cuando no fueron parte del proceso judicial en el que le suprimieron o variaron una situación jurídica consolidada?*

Para el caso concreto de XM S.A. E.S.P., no es comprensible que la CREG renuncie a aplicar sus regulaciones, expedidas conforme a la ley y sus competencias, y asuma sin mayor análisis la recortada interpretación que de ellas hace la sentencia del 16 de febrero de 2012, pues es un error de derecho hacer valer una Sentencia del Consejo de Estado emitida para un caso autónomo y distinto del que hoy nos ocupa, como fuente formal del derecho para expedir un acto administrativo, ya que la connotación de precedente judicial solo la tienen las Sentencias Unificación Jurisprudencial, como antes se explicó.

Bajo este marco normativo y a nivel de conclusión, reiteramos que la Sentencia emitida por una Sala de la Sección Primera Consejo de Estado el 16 de febrero de 2012, mediante la cual se declara la nulidad de los parágrafos 2 y 3 del artículo 3 de la Resolución CREG 083 de 2002, no goza de las características del precedente judicial y por tanto no puede ser fuente formal del derecho en la que se sustente válidamente una decisión administrativa de la CREG como lo viene siendo la Resolución 054 de 2013.

Por todo lo expuesto, los argumentos esgrimidos por la CREG para negar los gastos de defensa judicial, contrarian los siguientes preceptos constitucionales y legales:

• Artículo 230 de la Constitución Política.

(...)

Esta norma consagra para el derecho colombiano la fuerza vinculante de las fuentes normativas, dándole a la 'ley' el atributo de imperio, es decir de obligatoriedad para los jueces, quienes están sometidos a ella, y, a la jurisprudencia, a los principios y a la doctrina les otorga un mero atributo de autoridad, pues limita su valor y fuerza vinculante al de servir de criterios auxiliares de la actividad judicial.

Cuando se utiliza la expresión de fuentes del derecho, se entiende el conjunto de decisiones que regulan la vida de las personas y los órganos existentes en una sociedad, decisiones que poseen la condición de ser 'normas jurídicas', una de cuyas características es la de ser obligatorias, esto es poseer el atributo del imperio derivado de la decisión del Estado de imponerlas coercitivamente a toda la sociedad.

El artículo 230 que acaba de transcribirse excluye de la expresión 'ley' a la jurisprudencia, a los principios y a la doctrina, pues les quita el atributo de la obligatoriedad, y sólo les da el de servir de criterio auxiliar, que como bien lo indica su nombre, funcionan dentro del mundo jurídico a manera de ayudas, cuando el conjunto o sistema de normas no es en sí mismo suficiente para definir o regular una situación, para lo cual se acude a los principios generales del derecho, a la jurisprudencia o a la doctrina.

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

No obstante lo anterior, en contravía con la norma constitucional analizada, la CREG consideró que la afirmación hecha por el Consejo de Estado en la sentencia de fecha 16 de febrero de 2012 constituye un 'precedente judicial y por tanto está obligada a acatarlo como autoridad administrativa que es, en virtud de lo contemplado en las leyes 142 y 143 de 1994'.

Nótese que en su argumentación la CREG prefiere o da prelación al citado argumento de la sentencia del Consejo de Estado, por encima (prelación jerárquica) o al menos con fuerza derogadora (prelación temporal) de sus propios actos regulatorios contenidos en las resoluciones 081 de 2007 y 060 de 2009, suponiendo que la sentencia posee una fuerza vinculante como si fuera 'ley' esto es norma jurídica, totalmente en contravía a lo dispuesto por el artículo 230 constitucional.

Las resoluciones 081 de 2007 y 060 de 2009 de la CREG son actos administrativos de contenido general, y como tal son verdaderos preceptos jurídicos, pues regulan los hechos y actividades de los sujetos que conforman el sector económico encargado del servicio público domiciliario de energía y gas, en los términos definidos por las leyes 142 y 143 de 1994. Por ser normas jurídicas, hacen parte del derecho y por tanto vinculan y se imponen a todas las personas, y, sólo pueden ser retiradas del mundo jurídico por los cauces legales.

Por lo anterior, la motivación de la Resolución 054 de 2013 en lo que atañe al reconocimiento de los gastos de defensa judicial, no se compadece con el artículo 230 de la Constitución, ya que la CREG hace obligatoria la argumentación de una sentencia, dándole el valor de precedente por encima de sus mismos reglamentos, como si los derogara.

• Artículos 4° y 150 numeral 23 de la Constitución Política.

Dicen así los artículos 4o y 150 numeral 23 de la Constitución Política:

(.....)

El numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política consagra la reserva de ley en materia de los procedimientos administrativos y judiciales, pues es una atribución del Congreso la de legislar sobre el 'ejercicio de las funciones públicas.' Como es sabido, y se encuentra en el artículo 6 de la Carta, los órganos que componen el Estado solo pueden actuar conforme a sus competencias y a los procedimientos dictados al efecto, de manera que si actúan sin competencia, o sin el cumplimiento de los procedimientos legales, deben responder.

El artículo 4° por su parte consagra la llamada excepción de inconstitucionalidad, la cual consiste en que si hay contradicción entre una norma legal y una constitucional se aplica ésta última pues hay que preferirla dado que es jerárquicamente superior. La Constitución Política no consagra en esta norma una excepción de ilegalidad, o en forma genérica una excepción de aplicación de las normas inferiores pues priman las superiores. La seguridad jurídica constituye la razón para no consagrar una especie de excepción genérica de ilegalidad, pues si cada vez que se va a aplicar una regla de derecho, alguien excepciona su cumplimiento por considerar que viola otra de superior jerarquía, estaríamos en presencia de una total inseguridad jurídica.

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

Nótese que en el derecho colombiano sólo los jueces pueden declarar la nulidad de un acto jurídico, sea éste público o privado, pues se presume su conformidad con el derecho, y para dejar de tenerlo como legal es necesario un pronunciamiento judicial. Este principio es tan importante para nuestro derecho, que aún la propia administración debe demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa sus propios actos y no puede declarar por sí misma su nulidad. Si la administración no puede declarar la nulidad de sus actos por ser contrarios a derecho, tampoco puede dejar de aplicarlos por considerar que prima otra norma jurídica que no sea de rango constitucional.

No obstante lo anterior, la resolución 054 de 2013, a pesar de reconocer la validez de Resolución 081 de 2007 modificada por la Resolución 060 de 2009, no las aplica o las aplica parcialmente, pues según la CREG no debe contrariar la interpretación que el Consejo de Estado hizo de las competencias de la CREG.

No existe en el derecho colombiano una institución jurídica que permita dejar de aplicar unas normas vigentes por contrariar un supuesto precedente, por el contrario, las normas jurídicas de todos los niveles son obligatorias, salvo que por los cauces legales hayan perdido su obligatoriedad. Salvo la excepción de inconstitucionalidad, no es posible dejar de aplicar una norma que no ha perdido su vigencia.

• Artículo 42 de la Ley 1437 de 2011

Dice así el primer inciso del artículo 42 del Nuevo Código de lo Contencioso Administrativo:

(...)

La Resolución CREG 054 de 2013 en lo atiente al reconocimiento de ajustes por concepto de gastos de defensa judicial adolece de falta de motivación, esto es, que al interior del documento CREG que sustentó la norma recurrida, no se encuentran de manera concreta, clara, seria y cierta, las razones de hecho o de derecho que sustenten la decisión tomada, la cual tiene una consecuencia muy significativa y altamente perjudicial para nuestra empresa.

Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, '...la exigencia legal de la motivación es un instrumento de control sobre los actos que la Administración expide, toda vez que relaciona el contenido de la determinación adoptada con las normas que facultan a la autoridad para obrar y con los hechos y circunstancias a las cuales ella ha aplicado la normatividad invocada'.

Por otro lado, para conocer por qué habían decidido negar los gastos de defensa judicial en la resolución 054, se tuvo que acudir al documento CREG 037 de 2013, cuyo único argumento se centra en la siguiente frase: 'Los argumentos de hecho y derecho expuesto en dicho fallo tienen el carácter de precedente judicial, por lo que mal haría la Comisión en contrariar dicho precedente y expedir un acto administrativo cuya contradicción con la interpretación que de las leyes 142 y 143 de 1994 hizo el H Consejo de Estado (...) por esta razón en cumplimiento de esta jurisprudencia no es procedente incluir los gastos a los que hace referencia la presente solicitud' para dejar de reconocer \$131 millones de pesos (pesos de 2007), que requiere el CND, ASIC, LAC para su funcionamiento. Dicha

06

Paul

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

consideración no corresponde a un argumento cierto, claro, objetivo y suficiente, en los términos legales aquí planteados.

Lo que más llama la atención es que la única razón expuesta en tal documento es una sentencia del Consejo de Estado, que no fue publicada en ningún órgano oficial y que es producto de un proceso judicial del cual XM S.A. E.S.P. no hizo parte, de manera que no se cumple tampoco con el requisito jurídico de la motivación que exige el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, ni con el principio de publicidad de las leyes y de los actos jurídicos obligatorios, contenido en el artículo 209 de la Constitución Política y 65 del Nuevo Código Contencioso Administrativo.

En conclusión, la resolución 054 de 2013, no incluyó en sus motivaciones ninguna justificación válida sobre la decisión negativa de no incluir como gastos los gastos de defensa judicial, cuando se tratara de procesos en los cuales XM debía hacer frente a demandas originadas por el cumplimiento de la regulación de la misma CREG.

3. Resoluciones 081 de 2007 y 060 de 2009 reconocen gastos administrativos:

Las resoluciones 081 de 2007 y 060 de 2009, expedidas en ejercicio de las atribuciones de Regulación de la CREG decidieron que dentro de los gastos que permiten estructurar las tarifas se encuentran los de administración y estos corresponden a aquellos que habiendo sido ocasionales se convierten en permanentes, e incluso los que no siendo permanentes inciden en la tarifa, de conformidad con los artículos 2º, 3º y 8º (incluyendo sus párrafos) y concordantes de la resolución 081 de 2007, y la resolución 060 de 2009 en su totalidad, normas regulatorias que en forma parcial se transcriben a continuación:

(...)

En cumplimiento de la competencia para definir la metodología para el cálculo de las tarifas de XM, la CREG expidió las resoluciones 081 de 2007 y 060 de 2009, las cuales regulan los elementos que configuran las citadas tarifas. Según la definición que trae el artículo 2º de la Resolución 081 de 2007 componen los gastos operativos los Gastos de administración, operación y mantenimiento de las actividades reguladas del CND, ASIC y LAC. Los artículos 3º, 4º y 5º de la misma resolución describen financieramente cómo juegan los componentes de estos gastos operativos y el peso que tienen dentro de la fórmula tarifaria. El artículo 8º, subrogado por el 1º de la resolución 060, incluye expresamente como gasto operativo el valor de los 'Gastos de defensa judicial asociados con demandas instauradas por los agentes del mercado.'

Todo lo anterior para resaltar que las reglas citadas consideran como gastos operativos no solo aquellos que son resultado de las actividades y recursos operativos o directamente identificables (costos), sino que también las asignaciones relacionadas con los esfuerzos administrativos o de apoyo necesarios para la prestación del servicio (gastos).

Adicionalmente, dado el objeto social de XM, los gastos de defensa judicial asociados con demandas instauradas por los agentes del mercado por la aplicación de la reglamentación vigente, si bien no son gastos que directamente pueden ser asociados con la producción de un ingreso, no reconocerlos afectaría la sostenibilidad en el largo plazo de la entidad puesto que pondría en riesgo la

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

obtención de los ingresos requeridos por la empresa para cumplir con sus propósitos fundamentales como lo son operar el sistema interconectado nacional, administrar el sistema de intercambios comerciales y liquidar y administrar las cuentas del sistema interconectado nacional.

Sobre lo mencionado en el párrafo anterior, principalmente lo relacionado con la Razonabilidad y la Necesidad, es importante destacar que la misma normatividad reconoce de manera explícita que hay gastos que contribuyen al sostenimiento de los ingresos, y que define como 'costos y gastos de apoyo o soporte'.

*Este reconocimiento se deduce de la lectura y análisis de la Resolución 001417 de 1997 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), según la cual todas las empresas que se encuentren bajo la vigilancia de tal entidad deberán adoptar un sistema de COSTEO BASADO EN ACTIVIDADES, conocido como COSTEO ABC que exige que **'todos los conceptos de costos y gastos se asignen a las actividades conformantes de los procesos operativos, comerciales y de apoyo o soporte'**, de manera tal que la tarifa de costos de un agente que presta servicios públicos domiciliarios, no solo es el resultado de las actividades y recursos operativos o directamente identificables (costos), sino que también debe incluir asignaciones relacionadas con los esfuerzos administrativos o de apoyo necesarios para la prestación del servicio (gastos).*

No es entonces de recibo el argumento de rechazo de la inclusión de los gastos de defensa judicial con fundamento en la sentencia del 16 de febrero de 2012 pronunciada por la Sección Primera del Consejo de Estado en tanto exige que para que un gasto pueda hacer parte de la fórmula tarifaria debe tener una 'relación directa o inescindible' con los servicios de despacho y coordinación pues de la lectura de la normatividad es claro que hacen parte también de la tarifa todos los 'gastos de administración'.

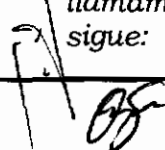
Dicho de otra forma, cuando la CREG fundamenta su rechazo a los gastos de defensa judicial con base en la sentencia del Consejo de Estado, no está aduciendo otra cosa más que solo pueden formar parte de la tarifa los 'costos' y descarta de la misma los 'gastos' de carácter administrativo o de las operaciones de apoyo necesarios para la prestación del servicio, exclusión que contraría las resoluciones citadas, pero que además no está así establecido en las leyes 142 y 143 de 1994.

Por consiguiente debe la CREG reconocer el derecho que le asiste a XM de incluir en su tarifa los gastos de defensa judicial que se encuentran debidamente sustentados en la solicitud del 12 de marzo de 2013, Cítese 001881-1 XM.

4. Principios Básicos de la Remuneración del CND-ASIC-LAC.

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

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



Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

'87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.' (Ley 142 de 1994) (Subraya fuera de texto)

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

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

En relación con este aspecto, la intervención de la CREG en la Sentencia C-150 de 2003, concluye:

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

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

En ese orden de ideas, XM es una empresa que presta servicios especiales sometidos al régimen de la Ley de Servicios Públicos y de la Ley Eléctrica y que por su naturaleza, tiene el deber de asegurar su sostenibilidad financiera, y no solo por la vocación de utilidad que tiene una sociedad comercial legalmente constituida, sino por el derecho que tiene como prestador de servicios públicos, a que le sean reconocidos los gastos de administración, operación y mantenimiento como explícitamente lo indica el artículo 87.4 de la ley 142 de 1994.

En ese orden de ideas, la falta de motivación, también se refiere al silencio que la Resolución CREG 054 de 2013 sobre la materia de suficiencia financiera que es de obligatorio cumplimiento, por cuanto está contenida en la Ley como fuente formal del Derecho que opera en la expedición de actos administrativos de contenidos particular.

Ahora bien, revisando actuaciones administrativas de la CREG presentadas en situaciones anteriores, encontramos la Resolución 024 de 2003 por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P. La Comisión establece dentro de sus consideraciones para negar las pretensiones de la mencionada empresa, lo siguiente:

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

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

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

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

II. Análisis de la petición y sus fundamentos.

A. En relación con los argumentos relacionados con la "Legalidad y vigencia de la Resolución CREG 081 de 2007 y de la Resolución CREG 060 de 2009".

De la lectura y análisis de los argumentos del recurso de reposición, se establece en primer lugar que la recurrente considera que la Resolución CREG 054 de 2013 no le es aplicable la *ratio decidendi* de la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado de los expedientes 1100103240020030025401 y 11001032400020030053701, ya que dicha *ratio decidendi* sólo le es aplicable a las situaciones jurídicas que cobija la Resolución CREG 083 de 2002.

Igualmente, considera que esta sentencia no tiene la característica de ser una sentencia de unificación jurisprudencial a la que hace referencia la Ley 1437 de 2011.

Por lo tanto, considera que deben ser aplicadas en su integridad las Resoluciones CREG 081 de 2007 y 060 de 2009, incluyendo el reconocimiento dentro de la variable correspondiente a los ajustes anuales al ingreso máximo regulado los gastos de defensa judicial. Esto, toda vez que no puede la Comisión "inaplicar" una norma vigente en el ordenamiento jurídico, "so pretexto de dar aplicación a una sentencia de nulidad dictada en relación con

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

una norma particular y diferente, en un proceso judicial en el que no hubo un pronunciamiento expreso sobre la Resolución CREG 081 de 2007”.

En relación con esto, se debe tener en cuenta que estos mismos argumentos fueron resueltos dentro del trámite de la actuación administrativa que culminó con la aprobación de la solicitud de ajuste al Ingreso Máximo Regulado para el quinto año tarifario que culminó con la expedición de las Resoluciones CREG 047 y 095 de 2012.

La Comisión en aquel momento analizó las implicaciones de la sentencia de la Sección Primera del H. Consejo de Estado expedientes 1100103240020030025401 y 11001032400020030053701 en relación con la nulidad de los parágrafos 2º y 3º del artículo 3º de la Resolución CREG 083 de 2002.

Lo anterior, teniendo en cuenta los argumentos expuestos dentro de dicha sentencia por parte del Alto Tribunal en relación con el alcance de las de las atribuciones con las que cuenta la Comisión en virtud de los literales c) y d) del Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, en el caso específico, la competencia de la entidad para reconocer los gastos de defensa judicial asociados con demandas instauradas por los agentes del mercado, por la aplicación por parte del ASIC, el CND o el LAC de la reglamentación vigente, en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado.

En relación con el alcance de esta competencia la Sección Primera dispuso¹ 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***

¹ Ref. Expedientes acumulados 1100103240020030025401 y 1100103240020030053701. Sentencia del 16 de febrero de 2012.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

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).

En virtud de lo dispuesto por este Alto Tribunal, se debe establecer que allí se analizó de forma general y abstracta en ejercicio de una acción de nulidad y no propia de una pretensión particular la cual corresponde a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuyos efectos son interpartes y para una situación particular², el alcance de la atribución con la que cuenta la Comisión en relación con el reconocimiento de los gastos de defensa judicial dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC, toda vez "que no está comprendido dentro del ámbito material de la competencia de regulación de la CREG".

Estas normas analizadas por el H. Consejo de Estado son el fundamento legal por el cual se expidió la Resolución CREG 071 de 2008, es decir, teniendo en cuenta que el análisis que hace el Ato Tribunal en relación con el alcance de la competencia con el que cuenta la CREG para reconocer los gastos de defensa judicial hace parte de la *ratio decidendi*, esta se ha de aplicar a todas las

² Establece el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo lo siguiente en relación con los efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso administrativa:

ARTÍCULO 175. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

situaciones que le sean similares en cumplimiento y aplicación del precedente judicial.

Es por esto que el argumento de la recurrente pretende que la Comisión: (i) desconozca el alcance de sus atribuciones en relación con el reconocimiento de los gastos de defensa judicial de acuerdo con el análisis hecho por el H. Consejo de Estado en una sentencia de nulidad simple cuyos efectos son *erga omnes*; (ii) no tenga en cuenta la *ratio decidendi* de esta sentencia y; (iii) no aplique el precedente judicial el cual es de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades administrativas.

La H. Corte Constitucional ha establecido que la *ratio decidendi* de una sentencia ***“corresponde a las razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la ‘formulación, del principio, regla o razón general [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial. (...) La ratio decidendi está conformada, se decía antes en las sentencias de la Corte, por ‘los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive’, sin los cuales ‘la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento’”***.³

La *ratio decidendi* de una sentencia de un Tribunal de cierre es de obligatorio cumplimiento, por lo que dicho cumplimiento no se da únicamente respecto de los las situaciones jurídicas a las cuales se les aplica la Resolución CREG 083 de 2002, como lo pretende hacer ver la recurrente sino en todo evento en el cual la situación fáctica concuerde en lo esencial. En relación con dicha obligatoriedad ha expuesto la H. Corte Constitucional:

“Esta definición de la correcta interpretación y aplicación de una norma, frente a un caso concreto, tiene por efecto que todo funcionario, no sólo judicial, está en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por el juez, de igual manera, en todo evento en el cual la situación fáctica concuerde, en lo esencial, con los hechos considerados al construirse la ratio decidendi.”⁴

Esta obligatoriedad y el carácter vinculante se generan igualmente en los fallos del H. Consejo de Estado, más aún cuando dicho precedente se genera en sentencias con efectos *erga omnes* tal como ocurre con la sentencia de la Sección Primera ya referenciada, ya que provienen de un fallo en ejercicio de una acción de simple nulidad. En relación con este punto ha dispuesto la H. Corte Constitucional:

“Ha considerado esta corporación que se vulnera la Constitución cuando se desconocen sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues tales pronunciamientos de constitucionalidad vinculan a todos los operadores jurídicos. De la misma forma, cuando los jueces de la jurisdicción ordinaria en la aplicación de una norma legal, restringen sin motivación suficiente, o en

³ Corte Constitucional, definición de “ratio decidendi”.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-439 de 2000, citada en la sentencia C-539 de 2011.

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

esas condiciones contrarían sustancialmente la interpretación con carácter de precedente de un derecho fundamental que ha realizado la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Constitución, a más de desconocer el precedente vinculante, se viola de manera directa la Constitución. En la última hipótesis, la acción de tutela procede como medio de defensa para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.”⁵

Para establecer la obligatoriedad de los precedentes, en dicha construcción dogmática los Altos Tribunales aplican los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*, para determinar que apartes de la decisión constituyen “fuente formal de derecho”. En relación con esto:

*“El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. **La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general.** Los obiter dicta o ‘dichos de paso’, no tienen poder vinculante, sino una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación”⁶*

El argumento de la recurrente pretende limitar los efectos de la sentencia de la Sección Primera únicamente a la exclusión del ordenamiento jurídico de los parágrafos 2º y 3º de la Resolución CREG 083 de 2002, por lo que los efectos de este fallos se remitirían únicamente a aquellas situaciones particulares sujetas a este acto administrativo, siendo esto propio de la parte resolutive de la sentencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que este argumento desconoce la aplicación de la *ratio* de esta sentencia, la cual es igualmente obligatoria y de la cual ya se citaron los apartes correspondientes para no tener en cuenta la remuneración de los gastos de defensa judicial dentro de las Resoluciones CREG 047 y 095 de 2012, así como la Resolución CREG 054 de 2013 objeto del presente recurso.

De acuerdo con esto, no se puede hablar de “una norma particular o diferente” o “sobre el cual no hay un pronunciamiento expreso en contra sobre la Resolución CREG 081 de 2007”, ya que darle la razón a la recurrente es desconocer el carácter vinculante que tiene la *ratio decidendi* de este fallo en el caso concreto, lo cual como ha dispuesto la H. Corte Constitucional recae en un desconocimiento directo de la Constitución, frente a lo cual ha expuesto:

*“En consecuencia, las decisiones emitidas por la Corte Constitucional pueden ser desconocidas de las siguientes formas: (i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) **aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución;** (iii) **contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad;** y (iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela’. **Similar consideración puede hacerse respecto de las sentencias con efectos erga omnes proferidas por la***

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011.

⁶ *Ibidem*.

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando actúa como juez de constitucionalidad de los actos administrativos, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.

4.8. ***De tal manera que los precedentes constitucionales, entendidos como reglas judiciales que se originan en la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, deben ser respetados, pues los mismos cumplen funciones de carácter fundamental en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado, como el colombiano, teniendo en cuenta que: (i) se dirigen a suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico; (ii) impiden una caprichosa variación de los criterios de interpretación que ponga en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, debido a que las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de las autoridades judiciales, con lo cual, ellas difícilmente pueden programar de manera autónoma sus actividades y, (iii) aseguran la vigencia del principio de igualdad, debido a que no es justo que casos iguales sean resueltos de forma distinta por un mismo juez.***

4.9. **En suma, ha considerado esta corporación que se vulnera la Constitución cuando se desconocen sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues tales pronunciamientos de constitucionalidad vinculan a todos los operadores jurídicos.** De la misma forma, cuando los jueces de la jurisdicción ordinaria en la aplicación de una norma legal, restringen sin motivación suficiente, o en esas condiciones contrarían sustancialmente la interpretación con carácter de precedente de un derecho fundamental que ha realizado la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Constitución, a más de desconocer el precedente vinculante, se viola de manera directa la Constitución. En la última hipótesis, la acción de tutela procede como medio de defensa para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁷.

De esta forma se reitera lo expuesto por la Comisión en la Resolución CREG 095 de 2012, ya que resulta claro e irrefutable que el Consejo de Estado consideró que la Comisión de Regulación de Energía y Gas carece de competencia para reconocer los gastos de defensa judicial en que incurra el prestador de los servicios del CND, el ASIC y el LAC.

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

B. En relación con los argumentos relacionados con “El precedente Judicial en Colombia según la Corte Constitucional”.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que estos argumentos fueron igualmente expuestos por esta empresa dentro de la impugnación de la

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011.

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

Resolución CREG 047 de 2012, los cuales fueron analizados y resueltos por la Comisión en la Resolución CREG 095 de 2012.

Adicionalmente a las consideraciones hechas en la Resolución CREG 095 de 2012 las cuales son igualmente aplicables para el caso concreto y en relación con este argumento de impugnación, se debe tener en cuenta que la recurrente afirma que la sentencia C-539 de 2011 estableció la obligatoriedad del precedente limitándolo a tres supuestos:

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

Sin embargo la recurrente desconoce que en esta misma sentencia la H. Corte Constitucional reiteró la vigencia y validez de la fuerza vinculante del precedente el cual se encuentra constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez.

Es por esto que en dicho fallo se reitera la sujeción a la que se encuentran las autoridades administrativas al acatamiento de las decisiones judiciales y del precedente judicial dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, **contencioso administrativa** y constitucional, por cuanto son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales, interpretación que se incorpora al entendimiento y aplicación de los preceptos jurídicos.

La sentencia de la Sección Primera constituye un precedente obligatorio, toda vez que allí no se analizó únicamente la legalidad de un acto administrativo, sino que dentro de sus consideraciones analizó el alcance general que tiene la Comisión de reconocer los gastos judiciales dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC.

Así mismo, la recurrente desconoce que en dicho fallo la H. Corte reiteró de igual forma que la *ratio decidendi* tiene un carácter vinculante, ya que estas consideraciones constituyen un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma.⁸

Por lo tanto, la Comisión mediante la presente actuación administrativa da cumplimiento al precedente judicial ya que respecto del reconocimiento de los gastos judiciales, así como de la remuneración que se realiza de los servicios de

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-439 de 2000.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

CND, ASIC y LAC procede a aplicar lo dispuesto en los literales c) y d) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, las Resoluciones CREG 081 de 2007 y 060 de 2009, así como lo dispuesto en la *ratio decidendi* de la sentencia de la Sección Primera del H. Consejo de Estado, ya que la interpretación y aplicación de las normas a los casos en concretos, se deben realizar de conformidad con la Constitución y el precedente judicial.

Esto, en la medida que *“todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos”*; lo cual ocurre en el caso puntual en relación con el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

De acuerdo con lo expuesto, no se limita la aplicación del precedente judicial únicamente a los supuestos a los que hace referencia la recurrente.

Ahora bien, la Comisión rechaza el argumento de la recurrente en relación con la *“lectura desprevenida”* que realiza esta Entidad al momento de aplicar la sentencia de la Sección Primera del H. Consejo de Estado relativo a al reconocimiento de los gastos judiciales dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC. Por el contrario, es errado el análisis hecho por la recurrente al considerar que el H. Consejo de Estado en una sentencia al resolver una acción de simple nulidad con efectos *erga omnes* y respecto de la cual la jurisprudencia constitucional y administrativa ha precisado su alcance en relación con la obligatoriedad de la *ratio decidendi* y la parte resolutive de la misma, no *“pretendiera”* darle el carácter de precedente judicial.

La afirmación relativa a que dicho fallo *“no goza las características de precedente judicial y por lo tanto no puede ser fuente formal del derecho en la que se sustente válidamente una decisión administrativa de la CREG”* es abiertamente desconocedor del carácter vinculante que tiene el precedente y el análisis que ha hecho la H. Corte Constitucional en relación con el alcance del artículo 230 de la Constitución en relación con las fuentes de derecho.

Los argumentos de la recurrente y del cual formula algunos interrogantes parten de una concepción del artículo 230 de la Constitución y del sistema de fuentes propio una visión decimonónica de la jurisprudencia, en la cual considera que el juez es un mero aplicador de normas legales, donde los pronunciamientos judiciales de las Altas Cortes sólo tienen un carácter indicativo o ilustrativo acerca de la forma como debe entenderse la ley o los actos administrativos, donde los jueces y las autoridades administrativas gozan de total libertad para apartarse de las sentencias en casos anteriores, como de aquellos que puedan provenir de los Tribunales de cierre.

Por el contrario, la H. Corte Constitucional ha reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, en relación con la parte resolutive y la *ratio decidendi*, toda vez que *“no se puede interpretar el artículo 230 de la Constitución, en el sentido que la jurisprudencia elaborada por las*

T. 05

12

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

altas Cortes constituya solo un criterio auxiliar de interpretación, sin verdadera vinculatoriedad, por razones de (i) coherencia del sistema jurídico, (ii) garantía del derecho a la igualdad, (iii) seguridad jurídica, (iv) interpretación armónica de los principios de autonomía e independencia judicial y otros principios y derechos fundamentales como la igualdad".⁹

De acuerdo con esto no es procedente y válido el argumento de la recurrente al considerar que lo que existe en el caso concreto es una *"prelación al citado argumento de la sentencia del Consejo de Estado por encima o al menos con fuerza derogadora de sus propios actos derogatorios"*, ya que el mismo no tiene en cuenta el sistema de fuentes y la aplicación de la normativa de acuerdo con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la que estableció que la interpretación y aplicación de las normas a los casos en concretos, se deben realizar de conformidad con la Constitución y el precedente judicial.

Ahora, en relación con los argumentos de la recurrente relativos a que dentro de la sentencia del H. Consejo de Estado en *"ninguna parte, frase o locución de la misma permite deducir que la intención del Máximo Juez de la jurisdicción contencioso administrativa fue la de expedir una norma o regla de derecho que tuviera los efectos de un 'precedente judicial' o pudiera modificar o derogar los reglamentos y los actos administrativos particulares expedidos por la CREG. El mismo fallo del Consejo de Estado limita sus efectos al análisis del acto acusado, como se observa en el siguiente párrafo de la sentencia"*, se debe tener en cuenta que los mismos no son suficientes para esta Comisión se aparte de la aplicación del precedente en el caso concreto.

La H. Corte Constitucional ha exigido que las autoridades administrativas deben necesariamente respetar y aplicar el precedente judicial, especialmente el constitucional y si pretenden apartarse del precedente **deben justificar con argumentos contundentes las razones por las cuales no siguen la posición del máximo intérprete**, especialmente del máximo intérprete de la Constitución.

Los argumentos de la recurrente no manifiestan las razones por las cuales se debe apartar la Comisión de la aplicación del precedente, sino que por el contrario lo que pretenden es apartarse de la aplicación de la *ratio decidendi* de la sentencia, sustentado en una interpretación subjetiva de la misma.

Así mismo, el aparte citado no es una limitación en cuanto a los efectos de la sentencia como lo pretende hacer ver la recurrente, sino que corresponde a un análisis del H. Consejo de Estado en relación con la procedencia de realizar un examen de legalidad respecto de las disposiciones de un acto administrativo que se encuentre vigente o respecto de aquel que habiendo perdido su vigencia haya producido efectos jurídicos.

Dentro del análisis que hace el H. Consejo de Estado en relación con la facultad con la que cuenta la Comisión para reconocer dentro de la

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011.

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC estableció que “....., **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 “ámbito material” debe entenderse como el objeto respecto al cual se sujeta o se limita la expedición de la regulación, lo cual para el caso concreto se refiere a si los gastos de defensa judicial se encuentran dentro de dicho objeto de regulación. Frente a esta pregunta el Alto Tribunal consideró que la respuesta a este interrogante es negativa.

Finalmente, en relación con la existencia en el caso concreto de la causal de nulidad de los actos administrativos relativa a la falta de motivación, el H. Consejo de Estado ha precisado lo siguiente en relación con la motivación de los actos administrativos y la aplicación de la falta de motivación como causal para declarar su nulidad:

“La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.

Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole que determinen no sólo la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que inspiraron la producción de los mismos.

En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en el vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo”.¹⁰ (Resaltado fuera de texto)

La expedición irregular de un acto administrativo o falta de motivación como lo denomina la recurrente, se debe entender como un aspecto procedimental formal, ya que está es la omisión por parte de la administración en hacer expresos o manifiestos en el acto los motivos de su expedición. Así mismo, la falta o ausencia de motivación es una omisión que solo puede viciar el acto en su aspecto formal cuando éste deba ser motivado en virtud de lo previsto en la Ley que lo soporta.

En el caso concreto dentro de la Resolución CREG 054 de 2013 y su documento soporte D-CREG 037 de 2013 se encuentran consignadas las

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Cuarta, Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez, Bogotá D. C., diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012), Radicación número: 68001-23-31-000-2007-00583-01(18405), Actor: Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A., Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

razones para negar la solicitud en relación con el reconocimiento de los gastos de defensa judicial, por lo que no existe ninguna omisión, por lo que no es válido el argumento de la recurrente de que en los mismos *"no se encuentran de manera concreta, clara, seria y cierta, las razones de hecho o de derecho que sustenten la decisión tomada, la cual tiene una consecuencia muy significativa y altamente perjudicial para nuestra empresa"*.

La Resolución CREG 054 de 2013 expresa dentro de sus consideraciones lo siguiente:

"Que el H. Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia de 16 de febrero de 2012, expedientes 1100103240020030025401 y 11001032400020030053701 en relación con el reconocimiento de los gastos por defensa judicial como parte de la remuneración de los servicios regulados del CND, ASIC y LAC dispuso lo siguiente:

'4. El examen de los cargos:

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"

(...)



Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

Que el Documento CREG 37 de 2013 contiene el detalle de la solicitud de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. y los análisis realizados por la CREG;

A su vez el numeral 2.3.4 del documento soporte D-037 de 29013 en relación con esta solicitud dispuso lo siguiente:

“En relación con esta solicitud se debe tener en cuenta que en las Resoluciones CREG 047 y 095 de 2012, la Comisión realizó el análisis respecto de la remuneración de los gastos judiciales teniendo en cuenta lo expuesto por el H. Consejo de Estado, Sección Primera en sentencia de 16 de febrero de 2012, expedientes 1100103240020030025401 y 11001032400020030053701 en relación con el reconocimiento de los gastos por defensa judicial como parte de la remuneración de los servicios regulados del CND, ASIC y LAC frente a lo cual este Alto Tribunal dispuso lo siguiente:

(...)

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

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

Los argumentos de hecho y derecho expuestos en dicho fallo tienen el carácter de precedente judicial, por lo que mal haría la Comisión en contrariar dicho precedente y expedir un acto administrativo cuya contradicción con la interpretación que de las Leyes 142 y 143 de 1994 hizo el H. Consejo de Estado. Esto teniendo en cuenta que respecto del acatamiento del precedente jurisprudencial la H. Corte Constitucional ha dispuesto lo siguiente:

*‘5.2.4 Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha concluido que todos los funcionarios públicos, y por tanto todas las autoridades administrativas, deben acatar el precedente judicial, esto es, están en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por la autoridad judicial, para todas las situaciones fácticas análogas o similares’.*¹¹

Estas consideraciones fueron expuestas a XM durante el trámite de aprobación de cargos para el quinto año tarifario, al momento de expedir las Resoluciones CREG 047 y 095 de 2012, así mismo se hacen en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de última instancia. Por esta razón, en cumplimiento de esta jurisprudencia no es procedente incluir los gastos a los que se hace referencia la presente solicitud.”

Así mismo, no es procedente el argumento de la recurrente relativa a que dentro del trámite del proceso que culmina con la expedición de la sentencia de la Sección Primera del H. Consejo de Estado esta empresa no hizo parte, toda

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011.

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

vez que desconoce los efectos *erga omnes* de los fallos de simple nulidad, al igual que dentro del procedimiento ordinario del anterior Código Contencioso Administrativo se encontraban previstos los mecanismos para que terceros se hicieran parte dentro del trámite de la acción judicial, en especial el del inciso 1° del artículo 146 del Código Contencioso Administrativo en materia de intervención de terceros.¹²

Por lo tanto, no se da cumplimiento a los presupuestos de existencia de la causal de falta de motivación por lo que no son de recibo los argumentos de la recurrente.

C. En relación con los argumentos relacionados con la “Resoluciones 081 de 2007 y 060 de 2009 reconocen gastos administrativos.”.

En relación con los argumentos que se manifiestan en este aparte se debe reiterar lo expuesto en la Resolución CREG 095 de 2012 en la cual la Comisión expuso lo siguiente:

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

(..)

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

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

Los argumentos de la recurrente se sustentan en una crítica a las consideraciones hechas al H. Consejo de Estado en relación con los “gastos” que deben ser reconocidos dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC. De acuerdo con esto la recurrente considera que los gastos de defensa judicial deben ser incluidos ya que estos hacen parte de los “gastos de administración”, toda vez que para incluir estos gastos no se requiere de la existencia de una “relación directa e inescindible” con los servicios de despacho y coordinación.

¹² Intervención de terceros. ARTÍCULO 146. Modificado por el art. 27, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 48, Ley 446 de 1998. En los procesos de simple nulidad cualquier persona podrá pedir que se lo tenga como parte coadyuvante o impugnadora, hasta el vencimiento del término de traslado para alegar en primera o en única instancia.

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

Hasta la expedición de la sentencia del H. Consejo de Estado las actuaciones administrativas de la CREG en cumplimiento de lo dispuesto en la metodología de la Resolución CREG 081 de 2007 reconocieron los gastos de defensa judicial referidos con el pleno convencimiento de que actuaba dentro del marco funcional que las Leyes 142 y 143 de 1994 le otorgaron.

Estas consideraciones fueron expuestas dentro de la defensa de la Resolución CREG 083 de 2002, como aquellas resoluciones que dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC reconocieron los gastos de defensa judicial. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el H. Consejo de Estado de acuerdo con lo previsto en estas normas, concluyó que el ámbito material de la regulación y el ejercicio de dicha atribución no permiten el reconocimiento de esta clase de gastos.

Es por esto que el análisis que realiza el H. Consejo de Estado en relación con la atribución que tiene la Comisión de reconocer los gastos de defensa judicial dentro de la remuneración de las actividades de CND, ASIC y LAC, se hace de forma general y abstracta de acuerdo con el ámbito material con el que cuenta la Comisión para expedir dicha regulación.

Tal como se ha expuesto, la Comisión se limita a dar cumplimiento a lo dispuesto en la *ratio decidendi* como en la parte resolutive de esta sentencia, debido a que para el Alto Tribunal estableció 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 H. Consejo de Estado al definir el ámbito de competencia material de la regulación, no solo establece la falta de competencia de la Comisión para incluir estos costos dentro de su facultad regulatoria, así como el alcance de esta facultad, sino que desde el punto de vista material en relación con los gastos de defensa judicial considera que "los honorarios por defensas judiciales no son asimilables a un costo operativo, ni a un costo de inversión ni a un costo de proyectos".

Así mismo, la "relación directa e inescindible" a la que hace referencia la recurrente de acuerdo con este fallo se restringe al análisis que realiza el H. Consejo de Estado en relación con las normas que atribuyen las facultades a la Comisión para establecer la metodología para remunerar los servicios de CND, ASIC y LAC, y la inclusión de los gastos de defensa judicial de acuerdo con el ámbito material con la que cuenta la Comisión a la hora ejercer esta atribución, de lo cual concluye que estas normas *"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*

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

guarda 'relación directa e inescindible' con los servicios de despacho y coordinación."

Por esto los apartes de la recurrente en los cuales manifiesta que *"cuando la CREG fundamenta su rechazo a los gastos de defensa judicial con base en la sentencia del Consejo de Estado, no está aduciendo otra cosa más que solo pueden formar parte de la tarifa los 'costos' y descarta de la misma los 'gastos' de carácter administrativo o de las operaciones de apoyo necesarios para la prestación del servicio, exclusión que contraría las resoluciones citadas, pero que además no está así establecido en las leyes 142 y 143 de 1994"*, parten de una concepción subjetiva en relación con los argumentos que tuvo en cuenta la Comisión para no reconocer los gastos de defensa judicial.

Esto a pesar que dentro de la Resolución CREG 054 de 2013 se ha dado cumplimiento a las razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, en la que establecen la falta de competencia de la Comisión para incorporar los gastos de defensa judicial dentro de la remuneración de los servicios de CND, ASIC y LAC. Por lo anterior, no proceden los argumentos expuestos por la recurrente.

D. En relación con los argumentos relacionados con "Los principios Básicos de la Remuneración del CND-ASIC-LAC".

Las consideraciones expuestas en estos argumentos están relacionadas con la garantía del principio de suficiencia financiera como criterio tarifario en virtud de lo previsto en el artículo 87.4 de la Ley 142 de 1994.

Estos mismos argumentos fueron expuestos por esta empresa dentro de la impugnación de la Resolución CREG 047 de 2012, los cuales fueron analizados y resueltos por la Comisión en la Resolución CREG 095 de 2012. Por lo anterior, se consideran igualmente aplicables las consideraciones expuestas en la Resolución CREG 095 de 2012 en la cual se expuso lo siguiente:

"Así mismo, el Consejo de Estado al definir el ámbito de competencia material de la regulación, no solo establece la falta de competencia de la Comisión para incluir estos costos dentro de su facultad regulatoria, así como el alcance de esta facultad, sino que desde el punto de vista material, determina que los honorarios por defensas judiciales no son asimilables a un costo operativo, ni a un costo de inversión ni a un costo de proyectos".

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

Por la cual se resuelve 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 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

Sistema Interconectado del sector eléctrico -LAC, presten a los agentes que participan en el Mercado de Energía Mayorista.

De la misma forma, no se demuestra ni se soporta debidamente, que el no reconocimiento de los gastos de defensa judicial para el quinto año del periodo tarifario, afecte la suficiencia financiera de la empresa, de forma tal, que se llegue a ver afectada la prestación de los servicios regulados.¹³.

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

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

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

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

De conformidad con la jurisprudencia trascrita, decantada y sentada durante años, le corresponde a la CREG acatar el precedente judicial referido sin dubitación alguna. Es esa la causa del cambio en la posición de la CREG, sin que

¹³ Lo anterior, es concordante con lo dispuesto en la sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional, donde al analizar el criterio de suficiencia financiera determina que los costos y gastos que deben remunerar están relacionados con la prestación del servicio, al igual que estos criterios deben entenderse y analizarse de forma conjunta y no cada uno de forma aislada, al establecer la inexistencia de la primera frase del artículo 87.7 de la Ley 142 de 1994, relativo a la prioridad de los principios de eficiencia y suficiencia financiera.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 054 de 2013 en relación con la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos de defensa judicial.

se pueda considerar como violación al principio de confianza legítima y, mucho menos, apartado de la ley como lo quiere hacer ver XM."

De acuerdo con esto, en el recurso presentado no se demuestra ni se soporta debidamente que el no reconocimiento de los gastos de defensa judicial para el periodo 2013-2014, afecte la suficiencia financiera de la empresa, de forma tal, que se llegue a ver afectada la prestación de los servicios regulados.

Por todas las razones anteriormente expuestas, se negará la solicitud de reposición de la Resolución CREG 054 de 2013 en referencia al reconocimiento de los gastos de defensa judicial asociados con demandas instauradas por los agentes del mercado, por la aplicación por parte del ASIC, el CND o el LAC de la reglamentación vigente, en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado, para el período tarifario junio 2013-mayo 2014, por el valor de 4131 millones (pesos de 2007).

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su Sesión 559 del 22 de mayo de 2013 adoptó la presente decisión.

RESUELVE:

Artículo 1. No reponer la Resolución CREG 054 de 2013 en cuanto a la petición de la empresa sobre el reconocimiento de los gastos en defensa judicial, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

22 MAYO 2013

Dado en Bogotá, D. C.



ORLANDO CABRALES SEGOVIA

Viceministro de Energía
Delegado del Ministro de Minas y Energía
Presidente



GERMÁN CASTRO FERREIRA

Director Ejecutivo