

**INDICE DE INDISPONIBILIDAD HISTORICA / CARGO POR CAPACIDAD -
Violación al debido proceso. Eventos de reserva**

De lo anterior se infiere que si el propósito de la invitación y de las reuniones era dar cumplimiento al artículo 2° de la Resolución núm. 006 de 2001, entre ellos, que el agente tuviera acceso a las memorias de cálculo, considera la Sala que en estas ocasiones la actora tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, de contradicción y de exigir el acceso a las memorias de cálculo, sobre todo, se insiste, si ese era el objeto de las reuniones; pero además, lo que se puede inferir de las Actas es que sí tuvo acceso a las memorias o base de cálculo, lo cual es confirmado por los testimonios que se solicitaron. Lo anterior indica que la actora se abstuvo de ejercer su derecho de defensa, en esta oportunidad; además, durante el procedimiento administrativo, como ya se observó, no se denota que se hubiera desconocido el debido proceso, además de que la actora tuvo las garantías para hacer uso de su derecho de defensa y contradicción. Es cierto que TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. no reportó eventos o número de eventos o por lo menos no usó esta expresión, como tampoco el CND lo hizo, según lo expuesto por el perito Gilberto Cuervo León en el punto 4.3. del informe pericial ante el Tribunal, pero lo cierto es que de lo registrado en la bitácora física elaborada por Termocartagena S.A. E.S.P. se encontraron situaciones que causaron indisponibilidad parcial o total, y a dichas situaciones se les denomina eventos; precisamente la firma auditora lo que analizó fueron los parámetros para fijar el índice de indisponibilidad histórica – IH, y encontró que la información que aparecía en la bitácora física del agente, que era la que tenía información real, no coincidía con la información que éste envió al CND, registrada en su bitácora electrónica, que no era fiable. Entonces, es cierto que la actora no registró eventos o número de eventos, pero de su propia información éstos se dedujeron por parte de Price Waterhouse y de los peritos.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION CREG 006 DE 2001 / RESOLUCION CREG 116 DE 1996 - ARTICULO 10 NUMERAL 5 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 29

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-24-000-2007-00255-01

Actor: VISTA CAPITAL S.A. EN LIQUIDACION

Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS – CREG

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 18 de marzo de 2010, proferida por la Sección Primera -Subsección "A"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual, denegó la objeción por error grave formulada por aquella contra el dictamen pericial; declaró no probada la excepción de ineptitud de la demanda propuesta por la parte demandada; y denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

I.1- La sociedad VISTA CAPITAL S.A. en LIQUIDACIÓN, antes TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra el Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1. Es nula la Resolución núm. 050 de 17 de agosto de 2006, expedida por la CREG, por la cual se decide una actuación administrativa, en la que es interesada TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P.

2. Es nula la Resolución núm. 026 de 20 de marzo de 2007, expedida por la CREG, por la cual se confirma la Resolución núm. 050 de 17 de agosto de 2006.

3. A título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., hoy VISTA CAPITAL EN LIQUIDACIÓN, no está obligada a devolver los valores

recibidos por concepto de cargo por capacidad de la planta Termocartagena 3 en las estaciones de verano e invierno, comprendidas entre el 1° de diciembre de 2004 y el 30 de noviembre de 2005, que ya recibió, adicionado con los intereses corrientes correspondientes a la tasa de interés bancario corriente certificada mensualmente por la Superintendencia Financiera.

4. Se condene a la CREG al pago de costas y agencias en derecho.

1.2- En extenso escrito, la actora señaló los hechos e inconformidades, que la Sala resume en los siguientes términos:

- La verificación del Índice de Disponibilidad Histórica (IH) en la planta TERMOCARTAGENA 3.

Expresó que en marzo de 2005, el Centro Nacional de Despacho – CND, seleccionó, mediante acto público y conforme a órdenes de la CREG, a la planta Termocartagena 3, para efectuar la verificación del parámetro de Disponibilidad Histórica (IH), para lo cual contrató a la firma Price Waterhouse Asesores Gerenciales Ltda., con el fin de que realizara la auditoría de verificación de parámetros del “Cargo por Capacidad” para la vigencia 2004-2005, correspondiente a la referida planta.

Señaló que la versión definitiva del informe de verificación que Price Waterhouse presentó el 29 de septiembre de 2005, concluyó que existe una discrepancia superior al 10% entre el valor que verificó y el declarado por TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., por lo que la CREG profirió las Resoluciones acusadas, estableciendo la existencia de una obligación a su cargo y a favor de XM EXPERTOS EN MERCADO S.A. (XM).

- Violación al debido proceso administrativo tanto por la empresa Price Waterhouse, como por la CREG, al acoger la prueba.

Señaló que en la elaboración del informe final de auditoría, la empresa Price Waterhouse no dio cumplimiento al procedimiento establecido por la Resolución núm. 006 de 2001, y en especial, a su numeral 2.6, porque previo a la entrega del informe final, la auditoría contratada debe validar sus conclusiones con los agentes afectados, dándole acceso a las “memorias de cálculo” y permitiéndoles contradecir el informe y formular solicitudes de complementación o aclaración que se deben resolver en el informe final; por lo tanto se le violó el derecho a la defensa. Destacó que las “memorias de cálculo” son de tal importancia en la elaboración del informe, que la mencionada Resolución núm. 006 de 2001, expresamente ordenó que de ellas se diera acceso al agente auditado.

- Nulidad de pleno derecho del informe rendido por la empresa de auditoría Price Waterhouse.

Explicó que con base en el informe final de la empresa auditora, que no pudo controvertir, el 15 de noviembre de 2005, la CREG profirió auto mediante el cual resolvió avocar conocimiento de las diligencias tendientes a establecer plenamente la existencia de la discrepancia que según la firma auditora presentaba la planta Termocartagena 3; que tampoco en este expediente se incorporaron las “memorias de cálculo” elaboradas por la auditora como fundamento de su informe.

- Falsa motivación.

Que la CREG expidió las Resoluciones demandadas, basada en el informe de auditoría y en un dictamen pericial rendido dentro de la actuación administrativa, y las motivó en que Termocartagena S.A. E.S.P. informó equivocadamente el número de eventos, a saber, los de prueba, reserva, indisponibilidad y generación, tenidos en cuenta para el cálculo del Índice de Indisponibilidad Histórica - IH, lo cual no es cierto, porque no reportó ningún evento ni a la CREG ni al CND, porque no estaba obligada a reportarlos.

3- Consideró que se violaron los artículos 29, 83, 113, 116, 121, 367 y 370 de la Constitución Política; 68, 73 y 74 de la Ley 142 de 1994; 23 de la Ley 143 de 1994; 2° del Decreto 1524 de 1994; 12 y 13 de la Ley 270 de 1996; 2316 y 2318 del Código Civil; y 2° numerales 3° y 6° de la Resolución núm. 006 de 2001, expedida por la CREG.

La actora formuló los siguientes cargos:

1.- Infracción de normas en que debieron fundarse los actos administrativos demandados.

Expresó que la CREG, sin facultades legales ni contractuales, so pretexto de regular el mercado mayorista de energía, y aplicando un reglamento ilegal, por medio de los actos acusados, resolvió un conflicto entre dos particulares, como son XM EXPERTOS EN MERCADO S.A. E.S.P. y TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., para lo cual no tiene facultades ni competencia, pues las derivó de la Resolución núm. 116 de 1996, modificada por la Resolución núm. 083 de 2000, cuya nulidad ha solicitado al Consejo de Estado¹, por invadir poderes del

¹ En efecto, la Resolución núm. 083 de 20 de noviembre de 2000, fue demandada ante esta Corporación, en acción de nulidad, radicación núm. 2007-00272, Magistrado ponente, doctor MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

legislador, en cuanto la CREG se asigna a sí misma funciones jurisdiccionales y modifica los efectos legales del pago de lo no debido; que tampoco ha sido la ley quien le ha impuesto a la sociedad XM EXPERTOS EN MERCADO S.A. E.S.P., en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC), los deberes que la CREG pretende atribuirle.

2.- La CREG transgredió normas legales de carácter superior, al incluir el pago de intereses en los actos demandados.

Señaló que la CREG, mediante los actos acusados, ordenó a TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., devolver los valores recibidos por concepto de cargo por capacidad de la planta Termocartagena 3, adicionando a ese monto los intereses correspondientes a la tasa de interés bancario corriente sobre el saldo adeudado, hasta el día en que la deuda sea pagada en su totalidad, desconociendo el artículo 2318 del Código Civil, que regula expresamente el tema de los intereses en los casos de pago de lo no debido disponiendo que solamente se adeudan cuando la suma no debida se ha recibido de mala fe; que no se tuvo en cuenta que la buena fe se presume, y al no desvirtuarse, se violó además el artículo 83 de la Constitución Política, por vía de la Resolución núm. 083 de 2000 mencionada.

3. Los actos acusados fueron expedidos en forma irregular, con desconocimiento del debido proceso y del derecho de defensa.

Expresó que el informe final de Price Waterhouse se basó en una prueba nula por ser defectuosa e ilegalmente obtenida, al omitir el procedimiento establecido en la Resolución núm. 006 de 2001; que la firma auditora no reveló ni entregó la relación y explicación detallada de la "memoria de cálculo", ni el método utilizado

en el informe con base en el cual se inició la actuación administrativa, como lo exige la norma.

Que Price Waterhouse debió validar sus conclusiones con TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., previamente a la entrega del informe final presentado el 29 de septiembre de 2005, y no después, y la forma de validar las conclusiones es mediante las “memorias de cálculo”, dando acceso de las mismas al agente auditado, y no a través de otro procedimiento o documentos, como son los antecedentes, los estudios, los métodos, los exámenes, los experimentos o las investigaciones; lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 2.6 de la Resolución núm. 006 de 2001, es posterior al 2.4.

Insistió en que el derecho de defensa, se reguló en la Resolución núm. 006 de 2001, mediante la posibilidad de contradecir el informe, a través de la solicitud de aclaraciones y complementaciones que se deben resolver en el informe final, y no después de éste; que ni siquiera al momento de la entrega del informe a la CREG, se allegaron las “memorias de cálculo”, tal como lo demuestra el texto mismo del informe.

Que el 21 de julio de 2006, la CREG le corrió traslado de las aclaraciones al dictamen pericial – no de las “memorias de cálculo”, que en todo caso no hacían parte de dicho dictamen, que era el que podía objetar, y no el anexo, que era una copia electrónica de un documento, cuya autoría no se probó.

Señaló que con la numeración consecutiva de los folios del expediente de la actuación administrativa, está probado que las “memorias de cálculo” efectuadas por Price Waterhouse, sólo fueron allegadas después de las adiciones y complementaciones al dictamen pericial, o con ese documento, en el mejor de los

casos, y pese a ello la CREG insiste en que dicha empresa auditora dio cumplimiento, "por equivalente", a la obligación de entregar las "memorias de cálculo", por haberse reunido con TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. y discutir algunos asuntos con ella, pero lo cierto es que no existe prueba de que PRICE WATERHOUSE le haya entregado las "memorias de cálculo". Concluye, que las reuniones en las que se discutieron las posibles discrepancias no suplen el requisito.

Que por lo explicado, no pudo contradecir los ejercicios de PRICE WATERHOUSE en la oportunidad legal establecida por la propia CREG, ni pudo solicitarle las aclaraciones y complementaciones de que trata la Resolución núm. 006 de 2001, lo cual constituye violación del debido proceso y del derecho de defensa, que no se sana por el hecho de habersele dado traslado de las memorias de cálculo el 21 de julio de 2006, pasados siete meses desde la oportunidad legal establecida para ello, por lo que no pudo darse cuenta oportunamente de cómo y cuántos eventos registró la empresa auditora, para demostrarle que estaba equivocado el número de eventos que contabilizó.

4. Falsa motivación, porque si bien informó su Índice de Disponibilidad Histórica - IH, en momento alguno estableció el número de eventos existente en sus bitácoras, luego la auditora los inventó.

Anotó que se debe tener en cuenta que conforme quedó establecido en el expediente de la CREG, tanto Price Waterhouse como el perito señor Correa decidieron tomar para efectos de sus cálculos, la información contenida en los libros de la Planta Termocartagena 3, pese a que, según ellos mismos, la información contenida adolecía de graves falencias de estandarización y legibilidad, pero que era la información más confiable.

Expresó que tiene una única bitácora llevada a través de sus libros de planta, pero que precisamente para evitar los problemas arriba mencionados, estos datos se extractan, se confirman por el operario y se estandarizan por un experto con base en un software especializado: la mal llamada por la demandada bitácora electrónica.

Consideró que el error más grave que cometieron la CREG, la empresa auditora y el perito, está en el número de “eventos” que tuvieron en cuenta; anotó que el objeto de la actuación administrativa, en virtud de la cual se profirieron los actos acusados, consistió en determinar si existen discrepancias entre el Índice de Disponibilidad Histórica (IH) que reportó para la planta Termocartagena 3 en el período 2004-2005 y el Índice de Disponibilidad Histórica (IH) real que tuvo esa planta en el mismo periodo, y que para su cálculo se deben tener en cuenta los siguientes factores:

HI: Horas de indisponibilidad forzada y horas de indisponibilidad programada (pruebas)

HD: Horas equivalentes de indisponibilidad por derrateos, que corresponden a aquellas horas en que existe una diferencia entre la capacidad efectiva de la planta y la capacidad disponible que tuvo, y,

HO: Horas de operación de la planta (servicio).

Que lo anterior es fundamental, en atención a que para el cálculo deL IH jamás se utilizó la expresión “eventos”, que es un vocablo no definido de manera técnica por la CREG, y que además, el cálculo de IH se hace en horas y con base en horas; que de conformidad con la Resolución CREG 006 de 2001, la firma auditora debe

determinar si el IH reportado por los agentes de plantas y unidades térmicas, que resulten seleccionadas, corresponde con el IH real de las mismas.

Que para el procedimiento realizado por Price Waterhouse, suministró copia de la bitácora de la Planta Térmica Termocartagena 3, y por otra parte, el Centro Nacional de Despacho –CND- remitió la relación de los “eventos” registrados durante el periodo de verificación para la Planta, de lo cual la empresa auditora concluyó, que el número de eventos registrados por el CDN era superior en más del 10% al registrado por TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., por lo cual procedió a incluir los eventos del CND (indisponibilidad interna, indisponibilidad externa, pruebas, reserva y servicio) en la “memoria de cálculo”, para la deducción del Índice de Indisponibilidad Histórica IH.

Considera que Price Waterhouse se equivocó al considerar que le registró número de “eventos” en sus bitácoras, ya que nunca lo hizo, máxime cuando no existe definición ni regulación de la CREG sobre ellos; que en las bitácoras que presentó, los operarios de la planta se limitaron a escribir, cada día, la hora de puesta en funcionamiento, la hora de finalización, la potencia generada y en caso de no poderse generar, el inicio y el fin de la falta de generación; insiste en que la bitácora no tiene número de eventos; fue dicha empresa auditora la que los contó y los contó mal, pese a que dijo que eran ilegibles, y además incluyó en la fórmula del cálculo del IH las horas de “reserva”, que no son factor de la fórmula antes mencionada.

Señaló que igual suerte corre el dictamen del perito Mauricio Correa, porque su trabajo se hizo con base en la hoja de cálculo realizada por la firma auditora; señaló que en todo caso para la aplicación de una fórmula previamente

establecida no era necesario un profesional en ciencias exactas, pues bastaba una calculadora.

Concluyó que de haberse aplicado con rigor el procedimiento establecido por la Resolución núm. 006 de 2001, la conclusión hubiera sido que TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., se encontraba dentro de los márgenes de holgura establecidos por la CREG, y que, por lo tanto, no habría lugar a determinar, mediante acto administrativo, la existencia de discrepancias, pues no era procedente adicionar a la información de su bitácora, evento alguno tomado del CND.

I.4- CONTESTACION DE LA DEMANDA.

El Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, una vez explicó la naturaleza jurídica, la composición y las funciones de dicha comisión, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, en extenso escrito, que la Sala resume así:

Señaló que para la fecha de declaración del parámetro “Indisponibilidad Histórica – IH” de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., para el cálculo del “Cargo por Capacidad”, vigencia 2004-2005, esto es, para el 5 de noviembre de 2004, y para la fecha de inicio de la actuación administrativa que dio lugar a los actos demandados, la actora respondía a la razón social de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. y su naturaleza que, como su nombre lo indica, era de una sociedad anónima, constituida bajo la forma de Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, y su objeto social lo constituía fundamentalmente la actividad de generación y comercialización de energía eléctrica, las que desarrollaba en el

Mercado de Energía Mayorista, ante el cual se encontraba registrada como agente generador y comercializador.

Explicó que dicha sociedad era propietaria de la planta TERMOCARTAGENA 3. la cual enajenó a la empresa EMGESA S.A. E.S.P. el 2 de marzo de 2006, es decir, con posterioridad al inicio de la actuación administrativa que dio lugar a las Resoluciones demandadas; que entonces la empresa cambió su nombre por VISTA CAPITAL S.A., y cambió su objeto social, en el cual ya no aparecen las actividades mencionadas.

Que la participación de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., hoy Vista Capital S.A., en el Mercado Mayorista, como cualquier otro agente, debe hacerse con sujeción al Reglamento de Operación, como lo establecen los artículos 168 de la Ley 142 de 1994, y 11 y 25 de la Ley 143 de 1994.

Explicó que las normas sobre el "Cargo por Capacidad", creado por la CREG para el Mercado Mayorista de Electricidad, en desarrollo de las cuales el Centro Nacional de Despacho –CND-, debía calcularlo anualmente, hacían parte del Reglamento de Operación; mencionó que el cargo por capacidad perdió su vigencia en el año 2006 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Resolución CREG 116 de 1996.

Hizo una descripción de la naturaleza, régimen jurídico y funciones del Centro Nacional de Despacho, -CND, creado por las Leyes 142 y 143 de 1994 como una dependencia interna de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., que dispusieron que una vez organizado el Centro, el Gobierno podía constituir una sociedad anónima que se encargara de sus funciones; en cumplimiento del Decreto 848 de 2005 el día 1° de septiembre de 2005, se constituyó la sociedad XM Compañía de

Expertos en Mercados S.A. E.S.P. – XM S.A. E.S.P., la cual inició operaciones el 1° de octubre de 2005, y desarrolla dentro de su objeto social, tal como lo dispuso la CREG mediante la Resolución núm. 078 de 1999, los servicios del Centro Nacional de Despacho – CND, Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales –ASIC, y Liquidador y Administrador de Cuentas – LAC, que antes desarrollaba ISA, actividades que se rigen principalmente por las Leyes 142 y 143 de 1994, que, respectivamente, en sus artículos 167 y 32, disponen dos funciones generales: la planeación y coordinación de la operación de los recursos del Sistema Interconectado Nacional, es decir el aspecto técnico, y la Administración del Sistema de Intercambios y Comercialización de Energía Eléctrica en el Mercado Mayorista,² que se refiere a los aspectos comerciales.

Explicó que el CND debe desempeñar sus funciones ciñéndose a lo establecido en el “Reglamento de Operación” expedido por la CREG, y que como Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC- del Mercado Mayorista, tiene suscrito contrato de mandato con todos los agentes que participan de dicho Mercado, cuyo objeto es efectuar, liquidar e informar las transacciones comerciales que se efectúen en la bolsa de energía y todos los demás servicios en dicho mercado, y por lo tanto actúa en calidad de mandatario de los agentes que participan en dicho mercado, entre ellos, TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P.

Explicado lo anterior, propone la excepción de ineptitud de la demanda, porque el principal cargo está dirigido contra la Resolución CREG-083 de 2000, dado que pretende la demandante que se le exonere de su aplicación, para que no se le obligue a devolver unas cuantiosas sumas de dinero que recibió con fundamento en una información que ella misma suministró, para acceder al pago de las

² El artículo 11 de la Ley 143 de 1994, lo define como “*el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el Sistema Interconectado nacional, con sujeción al Reglamento de Operación*”, el cual es expedido por la CREG.

mismas por concepto de “Cargo por Capacidad”, la cual no correspondía con la realidad de la operación de la planta TERMOCARTAGENA 3, como quedó demostrado en los actos acusados.

Sobre cada uno de los cargos formulados por la actora, consideró:

1. Afirmó que la CREG sí es competente para expedir los actos acusados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365, 367 y 370 de la Constitución Política, que fijaron las bases para que el legislador expidiera las Leyes 142 y 143 de 1994 que establecieron el régimen de los servicios públicos domiciliarios; que el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 dispone que las normas de esa Ley que se refieren a las Comisiones de Regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; que en desarrollo de lo anterior, mediante los Decretos núms. 1524 y 2253 de 1994 el Presidente delegó dichas funciones; que uno de los aspectos fundamentales que inspira la Ley 142 de 1994, según sus artículos 4°, 5°, 6° y 20, es el de asegurar la continuidad del servicio, para lo cual se deben adoptar las medidas adecuadas, lo que fue reiterado por el artículo 33 de la Ley 143 de 1994, que estableció el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad.

Que dentro del contexto anterior, las Leyes 142 de 1994, artículo 74.1 y 143 de 1994, artículo 23, fijaron sus funciones, entre ellas, establecer el Reglamento de Operación definido por el artículo 11 de la Ley 143 de 1994.

Que la creación del “Cargo por Capacidad” obedeció a las características propias de la conformación del parque de generación de energía del país, pues en ese momento, el 65% de la capacidad instalada correspondía a la generación hidroeléctrica, y el 35% a la generación térmica (a base de gas natural, fuel oil,

carbón y otros combustibles); que como la generación hidráulica estaba tan expuesta a períodos extremadamente secos, (apagón de principios de la década de los noventa), mediante el Cargo por Capacidad del Mercado Mayorista, se busca garantizar la disponibilidad de una oferta eficiente de energía eléctrica capaz de abastecer la demanda, en el Sistema Interconectado Nacional, tanto en períodos húmedos como en períodos secos, *“que remunera parcialmente la inversión por kilovatio instalado de los generadores que contribuyen a la confiabilidad del sistema, bajo criterios de eficiencia y de hidrología crítica”*; que, en otras palabras, el “Cargo por Capacidad” es un ingreso adicional que la demanda, vale decir, los usuarios del Sistema Interconectado Nacional, paga a los generadores que le aportan firmeza a dicho Sistema, bajo algunas condiciones, por el sólo hecho de estar disponibles para generar una cantidad de energía; que visto desde la oferta, es un mecanismo del mercado mayorista de energía, que permite que las plantas o unidades de generación de energía que aportan firmeza al sistema, puedan recuperar una parte de sus costos fijos.

Que para medir dicha firmeza, o en los términos del artículo 23, literal a), de la Ley 142 de 1994, para valorar la capacidad de generación de respaldo que es remunerada a través del “Cargo por Capacidad”, la CREG expidió la Resolución núm. 116 de 1996, modificada por la Resolución CREG 083 de 2000, que establece que la Capacidad Remunerable Teórica – CRT – de cada planta hidráulica o unidad térmica, se obtiene mediante la elaboración por parte del CND de un modelo de largo plazo, con los parámetros básicos descritos en el anexo núm. 1, y con la información entregada por los agentes, relativa a las condiciones o características de su planta y/o unidad de generación; que dentro de la información a cargo de los agentes generadores está la relativa al Índice de Disponibilidad Histórica (IH) de Plantas Térmicas, el cual debe ser reportado en el formato A4.1.

Explicó, que si la referida información con la cual se calcula el “Cargo por Capacidad” es inexacta, o no corresponde a la realidad, no se estaría cumpliendo con la función legal de corregir la aludida falla del mercado.

De lo explicado concluyó que en el presente caso, cumplió con una función meramente administrativa, nunca de carácter legislativo o judicial, consistente en determinar si un agente prestador de servicios puede acceder a una remuneración incluida en la tarifa del servicio público domiciliario de energía eléctrica, con el propósito de que los usuarios puedan disponer de la oferta energética suficiente en períodos de hidrología crítica, en períodos de sequía; que el “Cargo por Capacidad” incluido el remunerado a TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., hacía parte del Mercado Mayorista de Energía como lo disponían los artículos 2° y 3° de la Resolución CREG 116 de 1996, y en tal virtud, era remunerado, recaudado, conciliado, liquidado y facturado dentro de dicho mercado, como lo disponía la Resolución en su anexo.

Expuso que por la concepción misma de la estructura del “cargo por capacidad”, en la forma en que fue regulado, la verificación de los parámetros declarados con los cuales se calcula no se realiza con anterioridad a su asignación y pago, sino con posterioridad, pero el agente que declara parámetros que no corresponden a la realidad sobre atributos de su planta, entre ellos el Índice de Disponibilidad Histórica – IH, no tiene, ni tenía derecho a acceder al “cargo por capacidad”, en razón a que por la prestación que recibe de los usuarios no está ofreciendo ni dando la contraprestación exigida para su pago, es decir, que no está ofreciendo la capacidad de respaldo por la cual se le paga, lo cual quiere decir, como lo señala expresamente el artículo 10°, numeral 10.5 de la Resolución CREG núm. 116 de 1996, en la forma en que quedó modificada por el artículo 1° de la

Resolución CREG núm. 083 de 2000, que el derecho a recibir el Cargo por Capacidad está sometido a condición resolutoria, consistente en que si mediante acto administrativo se determina la existencia de discrepancias en las declaraciones de parámetros, los pagos hechos sobre el correspondiente período se tendrán como pago de lo no debido, lo que no se aparta de las normas del Código Civil, sino por el contrario, es consistente con sus disposiciones sobre condición resolutoria y pago de lo no debido.

Concluyó que la CREG simplemente actuó de manera oficiosa para valorar la capacidad de generación de respaldo que una planta de generación dijo haber entregado al Sistema de Interconectado Nacional.

2. Consideró que no trasgredió el artículo 2318 del Código Civil, porque la obligación de adicionar a la devolución de los valores recibidos por concepto de cargo por capacidad, los intereses corrientes correspondientes a la tasa de interés bancario corriente, está fijada en el artículo 1°, numeral 10.7 de la Resolución CREG – 116 de 1996, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° de la Resolución CREG núm. 083 de 2000, que goza de presunción de legalidad; que los actos demandados apenas están reconociendo la actualización de las sumas de dinero que los usuarios pagaron por un servicio que no se brindó: el de la disponibilidad, capacidad de respaldo u oferta eficiente de la planta Termocartagena 3, por lo cual debe devolverseles dicha suma a través de la tarifa y de la factura del servicio, como lo ordenan las disposiciones mencionadas.

Que la conducta de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., no se ajusta a los postulados de la buena fe, por cuanto al decidir participar en la remuneración de “Cargo por Capacidad”, reportó valores, que daban una disponibilidad del 90%,

por lo cual se le remuneró, recibiendo de los usuarios del servicio público domiciliario la suma de \$5.544'916.136.oo.

Que la firma Price Waterhouse le solicitó a TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. la Bitácora de su planta, la cual se entregó en 19 libros, en los cuales en cada uno se lee "TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. BITÁCORA N° ... LIBRO ..."; que en las reuniones de discusión del informe de verificación celebradas con la presencia de funcionarios de Price Waterhouse y representantes de dicho agente, éstos últimos siempre se refirieron a las "bitácoras físicas", y los testigos citados a instancia del mismo, son uniformes en reconocer su existencia; señala que otra cosa es que los datos se pasaran a una bitácora electrónica, que por demás no contenía toda la información de la física, ni la información registrada por el CND; que es la bitácora física donde los operadores registran directamente los eventos sucedidos durante periodos de verificación, y la electrónica es producto de la migración de datos; que el perito dictaminó que la más confiable era la bitácora física.

Que después de que TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. presentó su Bitácora física para efectos de la verificación, resolvió que esa ya no lo era, sino que la verdadera era la Bitácora Electrónica, que suministró, basado en que para la CREG no estaba definido el término "bitácora".

Relató que el 29 de septiembre de 2005, la empresa auditora Price Waterhouse presentó su informe de verificación, de donde se constata que existen discrepancias, porque considera que el valor calculado para el parámetro IH, del Cargo por Capacidad, vigencia 2004-2005 de la Planta Termocartagena 3, es de 77.3805%, lo que indica que su disponibilidad real era de menos del 23%, mientras que el agente declaró una disponibilidad del 90%.

Que en el recurso de reposición TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., alegó que la Resolución núm. 050 de 2006, estuvo falsamente motivada, porque para auditar el parámetro IH se tomó información de la Bitácora Física (que ella misma suministró), y no la electrónica que la actora denominó "Bitácora Oficial" que presenta serias y múltiples inconsistencias constituidas por traslajos de tiempo y eventos, vacío de eventos y eventos que no encajan en la secuencia, lo que hace que el número real de eventos sea imposible de determinarse, como se explicó en respuesta al recurso.

En conclusión, señaló que "el pago de lo no debido lo indujo Termocartagena", al presentar, para obtener la remuneración del "cargo por capacidad" que pagan los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica, una información que riñe con la realidad de su propia planta de generación Termocartagena 3.

3. En la actuación administrativa no se desconoció el debido proceso ni el derecho a la defensa de la actora.

Resaltó que en respuesta al recurso de reposición, señaló: que no es cierto que Price Waterhouse no permitió el acceso a sus memorias de cálculo, ni que las mismas no hayan sido allegadas al expediente; que según la Resolución CREG 006 de 2001, artículo 2º, numeral 2.4, no existe la obligación de entregar dichas memorias, sino de explicarlas y relacionarlas en el conjunto de los antecedentes, estudios, métodos, memorias de cálculo, exámenes, experimentos e investigaciones que se utilizaron para dictaminar; que analizado el informe de verificación de parámetros del Cargo por Capacidad entregado el 29 de septiembre de 2005, se observa que se satisfacen las exigencias de la norma.

Que de conformidad con el artículo 2° numeral 2.6 de la Resolución CREG 006 de 2001, Price Waterhouse dio acceso a sus memorias de cálculo, previo a la entrega del informe final, de lo cual da cuenta el expediente, en el que reposan las actas de las reuniones que se celebraron entre la empresa auditora y TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P.; que otra cosa es que la actora no lo hubiera rebatido, y que en otros casos, no haya aclarado los eventos que se consideraron, y se haya negado a examinar los eventos de la base de cálculo; que las actas revelan que no solo se le permitió el acceso a las “memorias de cálculo”, sino que, en la reunión de 18 de junio de 2005, el agente examinó conjuntamente con el auditor, los eventos de indisponibilidad para el cálculo del IH, llevándose una copia de ellos, y prometiendo una explicación que no se dio; que en reunión del 1° de septiembre de 2005, la empresa auditora propuso llevar a cabo un procedimiento de examen de los eventos que originan indisponibilidad, en la cual se ofreció y permitió el acceso a sus memorias, para elaborar un “diagrama de pareto”, pero TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. no accedió, aduciendo que no entendía el objeto del procedimiento, y propuso otra reunión que se realizó el 5 de septiembre de 2005, en la cual se niega a examinar los eventos, en tanto guardó silencio.

Aclaró que la Resolución CREG – 006 de 2001, obliga a dar acceso a las memorias de cálculo, no a entregarlas cuando éstas no han sido pedidas, lo cual es lógico y coherente con las disposiciones procesales, pues no se puede obligar al auditor a cumplir una gestión de entrega en contra de la voluntad del destinatario; que TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., pese al acceso que PRICE WATERHOUSE le ofreció y al traslado que la CREG le dio a las referidas memorias de cálculo, no quiso conocerlas; anotó que tampoco es cierto que los numerales 4° y 6° del artículo 2° de la Resolución CREG 116 de 1996, sean contradictorios, y que el segundo derogue el primero, como lo advierte la actora.

Anotó que en la adición al dictamen pericial practicado, el perito incluyó, en la base de datos verificada que elaboró la empresa auditora en donde aparecen impresos los eventos considerados, la fecha, hora y duración y con la indicación de la procedencia de la información, esto es, si procede del agente o del CND; que se debe tener en cuenta que la aclaración o ampliación del dictamen, no constituye un nuevo peritaje, sino que es parte integrante o complemento del concepto inicialmente rendido, formando con éste un todo; que de la adición del dictamen se dio traslado a TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., y el término de traslado transcurrió en silencio; que además después se le informó que las bases de datos fueron las elaboradas por PRICE WATERHOUSE, y que sobre ellas trabajó el perito; que dicha información fue enviada en original con radicación CREG E-2006-002586 de 31 de marzo de 2006, suscrita por el Director de Proyectos de XM S.A. E.S.P., remisoría de las “memorias de cálculo” de la empresa auditora, que aparecen en un CD que previamente le remitió la empresa auditora.

Aclaró que la auditoría es un medio de prueba para instruir u orientar a la Administración para la toma de su decisión, pero no es el único ni excluye la aplicación de otros medios de prueba.

Trajo a colación que el cargo de violación al derecho a la defensa y al debido proceso, fue aducido por la actora en una acción de tutela contra la CREG, con la cual pretendía que ese Tribunal suspendiera la fuerza ejecutoria de los actos acusados, pretensión que no prosperó, y que fue confirmada por el Consejo de

Estado, en sentencia de 19 de julio de 2007, Consejero Ponente doctor Alfonso Vargas Rincón³.

4. Señaló que no hubo la falsa motivación, que la actora endilgó a los actos acusados, al considerar que Price Waterhouse se inventó el número de eventos.

Manifestó que debería existir consistencia entre la información contenida en la denominada bitácora física y la electrónica, como ya lo explicó; luego, pretender que hubo falsa motivación porque supuestamente se tomó la información de una bitácora “no oficial”, implica que la falsedad en la información fue inducida por la empresa que reportó información falsa; que en todo caso, no existe siquiera indicio que ponga en duda la información contenida en la bitácora física, que contiene la información primigenia sobre la ocurrencia de los eventos históricos, reales y objetivos, presentados tal y como ocurrieron; que mal se haría a la sociedad, en avalar, sin beneficio de inventario, los cálculos del agente, prescindiendo del examen de la fuente primaria de información, sólo porque éste se haya empeñado en bautizar como su bitácora oficial, la electrónica, en la cual no registró todos los eventos de indisponibilidad, y algunos difieren en su duración, y porque además, como ya lo explicó, existe información registrada en el CND que no lo está en la llamada Bitácora Electrónica, todo ello sostenido por el verificador y el perito.

En cuanto a las afirmaciones de la actora, en el sentido de que: no existe disposición alguna de la CREG que indique qué debe entenderse por “evento”; que no registró eventos en sus bitácoras; que la firma auditora incluyó eventos

³ El Consejo de Estado confirmó la providencia de 6 de julio de 2007 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta-Subsección A, por medio de la cual resolvió rechazar por improcedente la acción de tutela interpuesta; señaló el Tribunal, después de un recuento de las actuaciones que se realizaron ante la Administración, que “no evidencia que se hubiere utilizado un procedimiento irregular y violatorio del debido proceso”, por lo que el accionante cuenta con otro mecanismo idóneo para controvertir los actos proferidos, que consiste en acudir a la acción contenciosa, con el fin de controvertir su legalidad.

que no debieron tenerse en cuenta; que existe disparidad de criterios entre CND y Price Waterhouse para la contabilización de eventos, por lo que se provocó una diferencia ficticia entre éstos; que las horas de reserva no son evento y fueron contabilizadas por la auditora; y que el perito tomó como punto de partida el trabajo de Price Waterhouse, explicó:

Que “evento” es un concepto técnico utilizado en la operación de las plantas de generación y contemplado en la regulación de la CREG, tal como lo reconoció TERMOCARTAGENA S.A. en el recurso de reposición, en el que señaló que un evento en generación es “la situación que cause la indisponibilidad parcial o total de una planta de generación y que ocurre de manera programada o no” y que, de conformidad con la fórmula para el cálculo del IH establecida en la Resolución CREG 073 de 2000, los eventos relevantes para ésta son los de servicio, prueba e indisponibilidad y las horas equivalentes de indisponibilidad por derrateo; luego, señala la demandada, no es cierto que el concepto de “evento” no esté contemplado en la regulación de la CREG, y además señala que es sorprendente que el agente para recibir el pago por capacidad, haya registrado eventos, y luego diga que no sabe qué son.

- Señala que la información sobre eventos registrada en el CND, es registrada por los propios agentes, publicada para su conocimiento y sometida a su contradicción en los términos de los artículos 6° y 7° de la Resolución CREG 047 de 2000, y 7°, 8° y 10° de la Resolución CREG 006 de 2003, luego ahora el agente no puede desconocer la información que en el pasado sirvió de soporte; explica que es cierto que para despejar la fórmula del IH no se utiliza el concepto de “evento”, pues éste se utiliza para verificar la consistencia entre la información de la bitácora y la que presenta al CND, como se dispone en el Anexo General de la Resolución CREG 006 de 2001. Es por lo anterior, que el verificador debe

solicitar al Centro Nacional de Despacho -CND- y si es del caso, al Centro Regional de Despacho -CRD- la relación de los eventos registrados durante el período de verificación, y si en la relación entregada existe un número de eventos superior en 10% al número de eventos registrados por el agente en su bitácora, procede a la inclusión de los eventos verificados dentro de su base de cálculo; que lo anterior sirve para medir la confiabilidad de la bitácora.

- En cuanto a que el CND incluyó “eventos” que no debían tenerse en cuenta para el cálculo del IH, resalta que en la operación lo que se está confrontando es la confiabilidad de los datos, por lo cual en el procedimiento de verificación del IH de plantas térmicas, no se discrimina el tipo de eventos que deben ser tenidos en cuenta para hacer la confrontación entre los eventos presentes en la bitácora y los registros en el CND.

- Señala que no es cierto que Price Waterhouse haya contabilizado erróneamente los eventos, pues la información es de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P, quien la tenía registrada tanto en su bitácora, como en el CND.

- Que los eventos de “reserva” causan indisponibilidad así sea parcial y se contabilizan en el cálculo de IH específicamente en la variable HD: horas equivalentes de indisponibilidad por derrateos, conforme a lo dispuesto en el anexo CO-1 de la Resolución CREG 025 de 1995, en la forma en que fue modificado por el artículo 1° de la Resolución CREG 073 de 2000; que aún en el hipotético caso de que fueran irrelevantes para el desarrollo de la fórmula para el cálculo del IH, deben ser tenidos en cuenta, porque, reitera, lo que se está controlando es la consistencia de la información del agente, labor en la cual interesa escudriñar todos los eventos al margen de que se utilicen o no en el despeje de la fórmula.

Que inicialmente el perito no analizó la base de cálculo de Price Waterhouse, pero con motivo de la recomendación que se hizo, se ordenó adicionar el dictamen; que en cumplimiento de la orden, el perito presentó la adición exigida a su dictamen pericial, en el cual transcribió la base de datos de Price Waterhouse, que echó de menos la actora en el informe inicial, y manifestó que estaba bien elaborada; que de la adición al dictamen se dio traslado a TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P.

Que, contrario a lo expresado por el agente, tanto Price Waterhouse como el perito, encontraron grandes diferencias entre el número de eventos de reserva que existe en la bitácora y el que existe en la información del CND; que olvida el demandante que después de la anterior comparación, además existen otros pasos contemplados en el Anexo General de la Resolución CREG 006 de 2001, que hacen parte del procedimiento de verificación.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

La Sección Primera -Subsección "A"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó la objeción por error grave formulada por la sociedad demandante contra el dictamen pericial; negó la excepción de "ineptitud de la demanda" propuesta por la entidad accionada; negó las pretensiones de la demanda y no condenó en costas.

Sobre el dictamen pericial rendido por el Ingeniero Eléctrico, Gilberto Cuervo León (obra en cuaderno separado, en 332 folios) que designó el Tribunal, que fue objetado por la actora, por error grave (folios 411 a 414), consideró el Tribunal que el perito acertó al contabilizar como eventos independientes las variaciones de la energía generada o en capacidad de generar la planta durante un mismo estado

(indisponibilidad, servicio, reserva y prueba), salvo las situaciones en las cuales la unidad se encuentra en situación de “arranque”, porque es lógico que exista una variación explicable hasta que se llegue al pico de su potencia; que el estado de reserva, que es el ideal en que debe encontrarse la planta, sufrió variaciones, según la información de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. al CND; que era lógico que una variación en el estado de reserva por debajo de la expectativa que tenía el sistema interconectado respecto de Termocartagena 3 (66MW), produjera una “indisponibilidad parcial”, en la medida en que el sistema no podía contar con la totalidad de los 66 MW ofrecidos; que no se pueden desconocer esas horas durante las cuales la planta estuvo indisponible, porque ello es determinante para saber con precisión el Índice de Indisponibilidad Histórica - IH, objeto de la auditoría realizada y del peritaje solicitado.

En cuanto a la excepción de ineptitud de la demanda, considero que es legítimo que la demandante cuestione la competencia de la CREG para expedir los actos acusados, dirigiendo sus argumentos contra la Resolución CREG 083 de 2000, pero lo cierto es que está demandando las Resoluciones CREG 050 de 17 de agosto de 2006 y 026 de 20 de marzo de 2007.

Anota que la demandante pretende aprovecharse de la validez de una parte de la Resolución CREG 083 de 2000, con fundamento en la cual reportó la información que le permitió tener acceso en el mercado mayorista de energía, a cuantiosas sumas por concepto de “Cargo por Capacidad”, y negar su validez, cuando se trata de aplicar sus normas y efectos jurídicos, en cuanto éstas sometieron tales pagos a la condición resolutoria de que no se encontraran discrepancias en la información que declaró.

En relación con los cargos expresó:

1. La facultad de la CREG se deriva de la Resolución núm. 116 de 1996, modificada por la Resolución núm. 083 de 2000, por cuanto de ésta se derivan las determinaciones cuestionadas en este caso, disposición que goza de presunción de legalidad, que si bien está demandada ante el Consejo de Estado, al Tribunal no le es dable avocar su conocimiento, y la actora, no invocó la excepción de ilegalidad, ni la suspensión provisional.

2. No se desconoció el artículo 2318 del Código Civil. La Resolución CREG 006 de 2001, fue el instrumento normativo que sirvió de base para proferir los actos impugnados, el cual incorpora un Anexo General denominado "Criterios generales de verificación de parámetros reportados para el Cargo por Capacidad", que en lo que hace relación a la verificación del Índice de Disponibilidad Histórica IH de las plantas térmicas, dispuso que el margen de error tolerable sería sólo del 10%, por lo que una discrepancia superior genera como efecto que debe asumirse que el Valor a Distribuir del "Cargo por Capacidad" correspondiente a la planta respectiva, en este caso Termocartagena 3, es igual a cero, y se debe ordenar la cesación de pagos por concepto de Cargo por capacidad que no se hubiere hecho, y la devolución de los pagos recibidos, porque se tiene como "pago de lo no debido", adicionando los intereses correspondientes a la tasa de interés bancario, certificada hoy en día por la Superintendencia Financiera.

Consideró que la CREG no desconoció el artículo 2318 del Código Civil, según el cual, los intereses sólo se adeudan en caso de pago de lo no debido cuando hay mala fe en quien ha recibido la suma de dinero, porque la demandada lo que hizo fue aplicar una norma especial, que no contempla consideraciones acerca de la buena o mala fe; que en todo caso, si la mencionada Resolución CREG 116 de 1996, quebranta normas del Código Civil, ello no es asunto que deba ser

analizado en la presente acción, sino en una de nulidad simple, por lo que la Sala debe respetar la presunción de legalidad de la cual goza.

3. Estimó que no se violó el debido proceso ni el derecho a la defensa y contradicción.

Señaló que el artículo 2.6 de la Resolución CREG 006 de 2001, dispone que previo a la entrega del informe final, el contratista validará sus conclusiones con los agentes afectados, dando acceso a las memorias de cálculo, y como lo demuestran los testimonios, resulta claro que TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. sí fue invitada por Price Waterhouse para verificar la información recogida en las bitácoras y otros instrumentos de verificación de la información, con el propósito de que pudiera ejercer su derecho a la defensa en relación con eventuales inconsistencias o errores que hubiera podido cometer como auditora, pero su reacción fue de indiferencia, tal como se deriva de testimonios, y de los medios documentales que obran en el plenario, como son las Actas de 1° y 5 de septiembre de 2005 y del equipo que estaba adelantado la auditoría, lo que permite concluir que la sociedad demandante contó con suficientes oportunidades para conocer no sólo la información recogida en bitácoras, sino además la información total recopilada por los auditores así como expresar su parecer frente a la misma.

4. Los actos acusados no están falsamente motivados.

Señaló que la CREG expidió la Resolución núm. 006 de 2001 “Por la cual se establecen los mecanismos de verificación de la información sobre parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad, reportada por los agentes”, que fue la norma que sirvió de base para expedir los actos impugnados, la cual tiene un

Anexo General denominado “Criterios generales de verificación de parámetros reportados para el cargo por capacidad”, que en lo relacionado con el Índice de Disponibilidad Histórica de las plantas térmicas, como es el caso de Termocartagena 3, dispuso que el margen de error tolerable sería sólo del 10%.

Que la empresa auditora, en nombre de la CREG, realizó una comparación entre los eventos reportados por el agente generador al Centro Nacional de Despacho, frente a lo contenido en la bitácora física de la planta; que la importancia del concepto “evento” radica en que éste determina si la planta se encuentra disponible para el Sistema Interconectado Nacional, lo que se conoce como “reserva” (que es uno de los estados que puede tener la planta), o si se encuentra indisponible para el Sistema, que se conoce como “indisponible” (que es otro estado en que puede estar la planta); que los otros dos estados, que también pueden dar lugar a la generación de eventos, son “servicio”, en el cual la planta está conectada al Sistema y “pruebas”, que es cuando está conectada al sistema, pero bajo condiciones de inspección y vigilancia.

Que contrario a lo expresado por el demandante, el concepto “evento”, sí tiene consagración normativa, y no un invento de la firma auditora, de conformidad con el artículo 1° de la Resolución CREG 062 de 12 de septiembre de 2000, que si bien da una definición de “evento” para el Sistema de Transmisión Nacional –STN-, éste hace parte del Sistema Interconectado Nacional –SIN-, del que participan las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios; de manera que el concepto de “evento”, que se deriva del STN, es perfectamente aplicable a los equipos de generación de energía porque en ellos también ocurren situaciones de indisponibilidad parcial o total, que los excluyen de

su servicio al SIN, con lo cual afectan la capacidad de éste para responder adecuadamente ante situaciones de crisis.

Anota que la importancia del estado de “reserva”, reside en que el cambio dentro de este estado, porque se produjo una disminución de los megavatios disponibles, contrario a lo expresado por la actora, sí debe contabilizarse como “evento”, pues hay un cambio de disponibilidad, ya que la planta no le está reportando al Sistema lo que debería, en caso de ser requerida para generar energía, luego es un evento que debe contabilizarse como indisponibilidad parcial, argumento que se refuerza con la definición de “evento” que trae la mencionada Resolución CREG 062 de 2000, que señala que hay un evento cuando se produce una situación que cause “la indisponibilidad parcial o total de un activo”, por cuanto dicha variación sí tiene una incidencia en la disponibilidad de la unidad de generación, y en el caso de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., el estado de “reserva” estuvo muy por debajo de lo que esperaba el Sistema Interconectado Nacional de Termocartagena 3, a saber 66MW, y por lo cual se le reconocía un emolumento económico denominado Cargo por Capacidad; que el Centro Nacional de Despacho –CND-, conforme a la información entregada por Termocartagena 3, registró 93 eventos en estado de reserva, en tanto que la planta Termocartagena 3, registró 48 eventos en este estado de reserva, en la bitácora electrónica, y 57 en la manual.

Que según el dictamen rendido por el perito, que contabiliza la totalidad de las horas en que la planta estuvo indisponible, incluidas aquellas en que fue reportada como en “reserva” pero se produjo un cambio de disponibilidad, ello arroja un IH del 78.13%, que supera ampliamente el 10% permitido por las normas, en especial el Anexo General de la Resolución núm. 006 de 2001, y está muy por encima del 9.9854% reportado por Termocartagena S.A. E.S.P. al Sistema.

Concluye que si bien la planta se encontraba reportada en el estado ideal de “reserva”, no se hallaba en el estado de máxima disponibilidad (66MW) y además presentó una disminución de 27 a 2, por lo que sin duda hubo una situación de indisponibilidad parcial, porque el Sistema no pudo contar con la diferencia de MW ni tampoco con el rendimiento máximo de la planta.

Que lo anterior se encuentra corroborado en la declaración rendida por uno de los integrantes del equipo de auditoría, luego no es válida la afirmación hecha por la actora, en el sentido de que la empresa auditora incurrió en graves problemas de interpretación, sino que ésta se vio precisada a acudir al número de eventos puesto que sólo en esa forma podía apreciarse debidamente el IH de la unidad de generación de energía.

Que leído el informe rendido por el perito designado por el Tribunal, la fuente de información que se tomó, es decir, la bitácora manual, es la fuente primaria que recoge la información arrojada por la planta, comoquiera que es la que registran los operarios en el mismo momento en que ocurren los diferentes eventos, esto es, en tiempo real, y pese a los problemas de legibilidad, permitió extractar de ella, con claridad, la información requerida.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

En memorial obrante a folios 13 y siguientes del cuaderno núm. 2, la actora sustentó el recurso de apelación por medio del cual solicitó la revocatoria del fallo apelado, para que en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

1. El Tribunal confundió las “memorias de cálculo” del cual alega que no tuvo acceso, con el informe de verificación.

Señaló que la CREG expidió las Resoluciones acusadas, sin darle traslado de las memorias de cálculo anexas al informe de Price Waterhouse, como lo dijo en la demanda; que dicho traslado está consagrado en el numeral 2.6 de la Resolución núm. 006 de 2001, con clara violación al debido proceso y al derecho de contradicción; reitera lo expresado en la demanda, en el sentido de que en el expediente de la CREG, sólo después de la adición del dictamen pericial rendido por el señor Mauricio Correa, aparece comunicación de XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P., en la cual le envía al perito, en fax y en CD, las memorias de cálculo efectuadas por Price Waterhouse.

Alega que pese a haber sido explícita en la demanda, al indicar que no tuvo acceso a las memorias de cálculo, el Tribunal consideró que no existió violación al debido proceso, porque conoció el informe final de evaluación, siendo que esto no es lo que se discute en el proceso; que si se revisan las actas, en ellas no consta que las memorias se hayan entregado a TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., ni consta en el expediente administrativo, pues de lo único que existe prueba es de que las “memorias de cálculo” se allegaron al expediente por primera vez a través del mencionado perito, señor Mauricio Correa, cuando éste aclara su informe inicial, 8 meses después del momento procesal oportuno que habría garantizado su derecho de contradicción y de defensa.

2. El Tribunal consideró que los estados (horas) de “reserva” debían contabilizarse, a pesar de que la fórmula IH no contempla este factor. Ni menos aún se refiere a eventos, término sobre el cual no existe definición.

Reitera lo expuesto en la demanda, en la cual aseveró que no existe definición legal de “evento”, que permita determinar con claridad la forma de calcular el IH, y no existe uniformidad de criterios sobre cuáles son los eventos relevantes para el cálculo de IH, ni sobre cuándo inician y cuándo terminan los eventos, de tal forma que no es posible evaluar si el cálculo del IH hecho por el agente fue correcto, pero sobre todo, no contempla la fórmula legal establecida por la CREG, las horas de reserva para calcular el IH.

Que de la definición de evento, que dieron los testigos a los cuales les preguntó, se observa que todas son disímiles, y que acudieron a diversas fuentes para ello.

Que según el documento elaborado por Price Waterhouse denominado “Resumen de metodología, acuerdos y procedimientos para el cálculo de los IH’s” (folio 300 del cuaderno principal), se hace clasificación de eventos, pero no existe definición, y concretamente para el caso de plantas térmicas hizo una clasificación, en la cual distingue entre eventos internos y eventos externos, entre los cuales no están los que tuvieron en cuenta la empresa auditora y el Centro Nacional de Despacho, a saber: estados de reserva, de prueba, de servicio y de indisponibilidad, ni tampoco se parecen a los que el experto de la empresa auditora mencionó en su declaración así: “cambio en lo que técnicamente se conoce como ‘variable de estado’ ”.

Una vez mencionó otros testimonios, afirmó que ningún testigo pudo determinar dónde consta la definición de evento, y que la Resolución núm. 062 de 12 de septiembre de 2000, citada por el Tribunal, corresponde a una revocatoria directa de un acto administrativo de la CREG⁴; que la definición que dio el a quo

⁴ En la información que aparece en la página web oficial de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, se registra:

corresponde a una definición informal contenida en un documento de XM Expertos en Mercado, sin referencia alguna a una resolución; que buscada la definición de evento en documentos de la CREG encontró que una similar a la de XM se encuentra en las Resoluciones CREG 097 de 2008⁵ y 011 de 2009⁶, expedidas en fecha posterior a la auditoría realizada a Termocartagena 3 y a las resoluciones materia de este proceso, por lo que mal podían aplicarse al presente caso.

Concluye que en la fórmula de cálculo contenida en la Resolución núm. 073 de 2000, proferida por la CREG, no se hace relación a eventos, sino simplemente a horas, porque la fórmula dispone:

$$IH = \frac{HI + HD}{HI + HO}$$

Donde,

HI corresponde a las horas de indisponibilidad forzada (indisponibilidad propiamente dicha) y las horas de indisponibilidad programada (pruebas)

La Resolución CREG 062 de 2000, *"Por la cual se establecen las bases metodológicas para la identificación y clasificación de las restricciones y de las generaciones de seguridad en el Sistema Interconectado Nacional, y los criterios generales y procedimientos para la evaluación y definición de las mismas, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional (SIN)"*, cuyo artículo primero define qué se considera como evento, así:
"Evento. Es la situación que causa la indisponibilidad parcial o total de un Activo de Uso del STN o de un Activo de Conexión al STN y que ocurre de manera programada o no programada".

⁵ **La Resolución CREG 097 de 2008**, *"Por la cual se aprueban los principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local"* evento, así:
"Evento. Situación que causa la indisponibilidad parcial o total de un Activo de Uso de los STR o SDL".

⁶ **La Resolución CREG 011 de 2009**, *"Por la cual se establecen la metodología y fórmulas tarifarias para la remuneración de la actividad de transmisión de energía eléctrica en el Sistema de Transmisión Nacional"*, define evento:
"Evento. Situación que causa la indisponibilidad parcial o total de un Activo de Uso del STN".

HD corresponde a las horas equivalentes de indisponibilidad por derrateos, es decir, aquellas horas en que existe una diferencia entre la capacidad efectiva de la planta y la capacidad disponible y,

HO son las horas de operación de la planta, es decir, aquellas en que estuvo en servicio.

Que la fórmula no se refiere a horas ni eventos de reserva, como lo aseveró el a quo, porque sólo contempla horas de disponibilidad propiamente dichas, horas de indisponibilidad programada o pruebas, horas de derrateo y horas de operación, como lo afirmó uno de los testigos.

Sostiene que el a quo no comprendió que las horas de reserva, haya cambio o no de potencia, no hacen parte de la fórmula, y por ende, resulta indiferente si hay cambios de estado o no; pero que además interpretó que es lógico que el cambio dentro del estado de reserva constituye un evento en la medida en que, en términos reales, hay una variación en el estado de la planta, sin tener en cuenta la Resolución núm. 73 de 2000.

3. TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., jamás reportó “número de eventos”.

Que tal como lo indicó en la demanda, se limitó a consignar cada día, la hora de puesta en marcha de la planta, la hora de finalización, la potencia generada, y en caso de no poderse generar, el inicio de la falta de generación y el fin de ella; que la empresa auditora, contó el número de eventos, sin ningún criterio técnico ni definido, y ni siquiera uniforme, y además incluyó los eventos de reserva ajenos a la fórmula, por lo que obtuvo una conclusión distorsionada e ilegal, y pese a ello el

a quo consideró que la auditora se vio precisada a acudir al concepto de eventos puesto que sólo en esa forma podía apreciarse debidamente el IH de la unidad de generación de energía.

En conclusión, manifestó que el Tribunal no entendió en qué consistió la violación al derecho de defensa y de contradicción, aplicó un concepto de evento inexistente, y en el mejor de los casos uno posterior a la expedición de los actos acusados; desconoció la fórmula de cálculo IH para incluir las horas de reserva, y por lo tanto profirió una sentencia contraria a derecho que debe revocarse, porque si aquél hubiera aplicado correctamente la fórmula del IH y hubiera hecho una comparación detallada y precisa de las horas relevantes según esa fórmula –no de los eventos- registradas por TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. y por el CND, estableciendo su fecha, hora y duración, habría concluido que son absolutamente coincidentes, y la única diferencia está en la contabilización o cómputo del número de ellos que se hizo, pero que siendo iguales en duración, en fecha y hora, deben tenerse por iguales; siendo así, la diferencia de eventos entre TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. y el CND, sería de 8 eventos frente a 104, lo que equivale a una diferencia de 7.69% y por lo tanto se encuentra dentro del rango de holgura establecido por la CREG.

IV. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Agente del Ministerio Público, en esta etapa procesal guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para una mejor comprensión del tema sometido a estudio de la Sala, se hará un resumen de la situación fáctica de este proceso, así:

A la actora, TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., agente del mercado mayorista de energía eléctrica, se le estaba reconociendo el "Cargo por Capacidad"⁷ para su planta de generación eléctrica Termocartagena 3, para lo cual debía tener dicha planta en óptimas condiciones de funcionamiento.

La empresa Price Waterhouse le realizó una auditoría, con el fin de verificar el IH o Índice de Disponibilidad Histórica, es decir, las horas en que la planta permaneció indisponible para el Sistema Interconectado Nacional, a efectos de verificar si, según los parámetros establecidos, se encontraba frente a una planta confiable o si, pese a los reconocimientos económicos que se le habían hecho por concepto del "Cargo por Capacidad", la unidad no le ofrecía la confiabilidad suficiente en caso de ser requerida como generadora.

La firma auditora en su informe final concluyó respecto del valor declarado para el parámetro o índice de Disponibilidad Histórica – IH del Cargo por Capacidad, vigencia 2004-2005 de la planta Termocartagena 3, que existía discrepancia entre el valor que verificó y el declarado, porque el de este agente es inferior al calculado por la auditora en más del 10%, por lo que se encontraba fuera de los rangos de holgura o margen de error, según lo dispuesto por el artículo 10°, numeral 5°, de la Resolución CREG 116 de 1996, que precisa el método de

⁷ El Sistema Interconectado Nacional del sector eléctrico, según la CREG, tiene como propósito asegurar el suministro continuo y permanente de energía en todo el territorio nacional, de manera que el país no se enfrente a situaciones de insuficiencia, para lo cual se estableció un cargo denominado **"Cargo por Capacidad", que consiste en un reconocimiento económico que se hace a las distintas unidades generadoras de energía que hay en el país (hidroeléctricas, termoeléctricas, etc.), con el fin de que las plantas respectivas se encuentren con una disponibilidad del 100% para la generación de energía**, de manera que el Sistema tenga la certeza de que cuenta con un conjunto de unidades de generación que responderán con eficiencia frente a las crisis, como sería el caso de una sequía; luego un manejo que no corresponda a las más estrictas reglas tiene consecuencias graves trascendentes para la economía del país y la sociedad.

cálculo del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad, modificado por el artículo 1° de la Resolución CREG 083 de 2000; dicha disposición consagra:

“ARTÍCULO 1o. El Artículo 10o. de la Resolución CREG-116 de 1996, modificado por el Artículo 2o. de la Resolución CREG-047 de 1999 y por la Resolución CREG-082 de 2000, quedará así:

“ARTÍCULO 10o. Verificación de Parámetros:

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

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

... .

10.7 Los agentes, cuyas plantas y/o unidades tengan discrepancias, por fuera de los rangos de holgura o márgenes de error definidos por la CREG, deberán devolver los valores recibidos por concepto de cargo por capacidad en las estaciones de verano e invierno correspondientes, en un término máximo de tiempo equivalente al período durante el cual los estuvo recibiendo, adicionando a este monto los intereses correspondientes a la tasa de interés bancario correspondiente, certificada mensualmente por la Superintendencia Bancaria, sobre el saldo adeudado hasta el día en que la deuda sea completamente pagada. (Negrilla fuera de texto)

Y la Resolución CREG 006 de 2001, por la cual se establecen los mecanismos de verificación de la información sobre parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad, reportada por los agentes, en el Anexo General – criterios generales

verificación de parámetros reportados para el cargo por capacidad, en el aparte relacionado con el Índice de Disponibilidad de las Plantas térmicas⁸, dispuso,

"IH's Plantas Térmicas:

... .

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

Actividades de la firma contratada para la verificación de parámetros:

- Recibe del CND los valores declarados por los agentes ante la CREG.*
 - Solicita a cada agente las Bitácoras de planta.*
 - Conformar una base de cálculo con la información de las Bitácoras.*
 - Solicita al CND y si es del caso, al CRD, la relación de los eventos registrados durante el periodo de verificación.*
 - Si en la relación entregada por el CND o el CRD, existe un número de eventos superior en 10% al número de eventos registrados por el agente en su bitácora, procede a la inclusión de los eventos verificados dentro de la base de cálculo.*
 - Determina si se trata de una planta o unidad con información insuficiente de acuerdo con el criterio de la resolución CREG 073/2000 y el margen de error definido para esta clasificación como se explica adelante.*
 - Con la información de la base de cálculo procede al cálculo de los IH's.*
- (resalta la sala)*

Márgen de error:

Se considerará discrepancia si el valor declarado de IH es inferior al calculado por la firma que realiza la verificación de parámetros, en más del 10%, evaluando ambas cifras con una aproximación a cuatro decimales. (Negrillas fuera de texto)

En el informe de verificación de parámetros del Cargo por Capacidad, la firma auditora contratada concluyó que el valor declarado para dicho parámetro por Termocartagena S.A. E.S.P. a la CREG (9.9854%), era inferior al calculado por la firma (77.3805%), en más del 10%. Ello constituyó una discrepancia de acuerdo con lo establecido en el Anexo General de la Resolución CREG 006 de 2001 antes transcrita, por lo que mediante auto de 15 de noviembre de 2005 (folios 441 y 442

⁸ Las Resoluciones acusadas señalan que transcriben el título "IH's Plantas Térmicas", que se aplicó al caso, pero transcriben equivocadamente el título "IH's Plantas hidráulicas".

del expediente administrativo), inició la actuación administrativa, tendiente a establecer plenamente la existencia o no de las discrepancias que la firma Price Waterhouse encontró en el valor del parámetro Índice de Disponibilidad Histórica IH, reportado para el cálculo del Cargo por Capacidad, con el fin de establecer el valor a distribuir y si había lugar a devolución de pagos por parte de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P.; el acto dispuso remitir al agente el informe de la empresa auditora, “con el propósito de conocer sus observaciones, comentarios, posición sobre el mismo, y si lo estima conveniente, para que solicite pruebas” dentro del término de 10 días a partir de la comunicación, la cual le fue enviada, según consta a folios 441 y 442 del expediente Administrativo.

A través de la comunicación de 12 de diciembre de 2005 (folio 44 del expediente administrativo), la actora expresa su inconformidad únicamente en lo que se refiere a que la auditora tuvo en cuenta la bitácora física (19 libros que obran en el expediente) y excluyó de su estudio la bitácora electrónica, que fue la que reportó como oficial para efectos del cargo por capacidad.

Por lo anterior, el 15 de febrero de 2006, la CREG profirió auto de pruebas (folio 74 del expediente administrativo), entre ellas, dos testimonios (folios 242 a 253 ídem) de los cuales se deduce que la fuente real y directa de información proviene de la bitácora física, y un peritaje y su adición (folios 256 a 291) que consideró que la bitácora física era la fiable porque se llevó con rigor y tiene información que no se encuentra en la electrónica, “es decir una mejor descripción de los eventos”.

Los hechos antes mencionados, cuya prueba obra en el expediente Administrativo, como ya se observó, constan en la Resolución acusada núm. 050 de 17 de agosto de 2010; contra este acto la actora interpuso el recurso de

reposición (folio 354 del expediente administrativo), así como la empresa XM Expertos en Mercado.

Previo a la contestación del recurso, se presentaron las siguientes actuaciones: se solicitó el testimonio del señor Mauricio Alberto Villareal Gallego, Ingeniero de Sistemas, contratista que desarrolló el software de la llamada bitácora electrónica (folios 444 a 449 del expediente administrativo), quien afirma no conocer la calidad de la persona que hace las transcripciones de la bitácora física a la electrónica; la empresa XM Expertos en Mercados aclaró y complementó a solicitud de la actora, un informe que presentó a la CREG el 29 de noviembre de 2006 (folios 422 a 423 y 471 a 524 *ídem*); y la actora presentó un escrito que resume sus argumentos en contra de la Resolución recurrida (folios 525 a 530).

Resumida la actuación administrativa, se tiene que los actos acusados resuelven:

- Resolución núm. 050 de 17 de agosto de 2006.

“ARTÍCULO 1°. Declarar que existe una discrepancia entre el valor declarado (9.98545%) por la empresa TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. para el índice de indisponibilidad IH de la planta Termocartagena 3 para la corrida del cargo por capacidad del periodo 2004-2005 y el valor verificado (77.3805%) por la firma PRICE WATERHOUSE ASESORES GERENCIALES LTDA y reportado en informe entregado mediante comunicación con radicación CREG E-2005-07312 del 29 de septiembre de 2005.

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

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

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

ARTÍCULO 5°.

ARTÍCULO 6°.

ARTÍCULO 7°. Compúlsense copias de esta resolución a la Fiscalía General de la Nación, y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para los fines indicados en la parte motiva de esta Resolución.⁹

ARTÍCULO 8°. (Resalta la Sala)

- Resolución núm. 026 de 27 de marzo de 2007.

“Artículo 1°. Negar la solicitud de nulidad.

Artículo 2°. No reponer la resolución CREG-050 de 2006, por las razones expuestas en la parte motiva de este acto y, en consecuencia, confirmarla en todas sus partes, con excepción del párrafo de su artículo 5.

Artículo 3°. Revocar el párrafo del artículo 5 de la resolución CREG 050 de 2006¹⁰.

... .”

Las inconformidades que la actora plantea en el recurso de apelación contra la sentencia de 18 de marzo de 2010, son las siguientes:

1. El Tribunal confundió las “memorias de cálculo” del cual alega que no tuvo acceso, con el informe de verificación.

⁹ Para que revisen si se tienen consecuencias punitivas, en lo de su competencia.

¹⁰ Solicitado en el recurso de reposición que la sociedad XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.

2. Termocartagena jamás reportó “número de eventos”, y la fórmula del IH no se refiere a eventos, sino a horas; se incluyeron en la fórmula eventos que no debieron contabilizarse y además, no existe definición legal de este concepto.

3. El Tribunal consideró que los “estados de reserva” debían contabilizarse, pese a que la fórmula del Índice de Disponibilidad Histórica – IH, no contempla este factor.

Frente a dichas inconformidades la Sala observa lo siguiente:

1.- Violación del debido proceso, por falta de acceso a las memorias de cálculo.

Centra la actora su inconformidad, en que la firma PRICE WATERHOUSE, no le permitió el acceso a las memorias de cálculo, y en que éstas no se allegaron al expediente administrativo, por lo cual no pudo contradecirlas, violando así los numerales 4° y 6° de la Resolución CREG 006 de 2001, *“Por la cual se establecen los mecanismos de verificación de la información sobre parámetros para el cálculo del Cargo por Capacidad, reportada por los agentes”*. Al efecto, prevén las mencionadas normas:

“ARTÍCULO 2o. Para la definición de los términos de referencia de la contratación de la verificación de parámetros, el CND observará las siguientes pautas:

2.4. En el informe final de verificación de parámetros se explicarán y relacionarán todos los antecedentes, estudios, métodos, memorias de cálculo, exámenes, experimentos e investigaciones que sirvieron de base para dictaminar respecto de determinadas plantas y/o unidades, discrepancias en el valor de los parámetros reportados.

2.6. Previo a la entrega del informe final, el contratista validará sus conclusiones con los agentes afectados, dando acceso a las memorias de cálculo y permitiéndoles contradecir el informe y formular solicitudes de complementación o aclaración que se resolverán en el informe final”. (Resalta la Sala)

A juicio de la actora, la firma auditora contratista, no entregó las memorias de cálculo junto con el informe definitivo sobre verificación de parámetros de cargo por capacidad ni le dio acceso a ellas antes de presentar el informe final y que por ello no las pudo contradecir.

Del texto del numeral 2° del artículo 2° de la Resolución CREG 006 de 2001 transcrito, se deduce que la obligación por parte de la firma auditora Price Waterhouse era la de explicar y relacionar las memorias de cálculo en el informe final, en conjunto con otros ítems, que se utilizaron para dictaminar, que fue lo que en efecto hizo.

Es así como a folios 3 a 39 del expediente administrativo, que obra en el proceso que culminó con la expedición de los actos acusados, reposa el informe de verificación de parámetros del Cargo por Capacidad, que la empresa auditora PRICE WATERHOUSE entregó a la CREG el 29 de septiembre de 2005, el cual está compuesto por las siguientes partes: Introducción, que se refiere a las condiciones en que la planta Termocartagena 3 fue seleccionada para la verificación del parámetro IH; datos generales, donde se identifica la planta a auditar; objetivo, donde se describe el cálculo que se persigue hacer; alcance, se refiere al marco normativo del trabajo; procedimientos efectuados, donde se describen los pasos o etapas desarrolladas en la verificación, entre ellas la conformación de la base de cálculo; conclusiones, donde se determina con claridad y detalle, la discrepancia encontrada, entre el valor verificado y el valor del parámetro reportado por el agente.

El anterior informe incluye 11 anexos, a saber: un informe técnico que relaciona los cálculos efectuados y la forma en que se desarrolló la fórmula del IH, prevista

en la Resolución CREG 073 de 2000¹¹; comunicación de ISA a Price Waterhouse, en la que suministra los eventos de prueba a los que fue sometida la planta; comunicación de 1° de julio de 2005 (anterior al informe final), de la firma auditora a TERMOCARTAGENA S.A., donde se relacionan las discrepancias en eventos encontradas en la comparación de las bitácoras electrónica y física (19 libros que obran en el expediente), que ésta le entregó; Acuse de recibo de la anterior comunicación, por parte de Termocartagena; comunicación de 16 de agosto de 2005, por medio de la cual Price Waterhouse invita al agente generador de energía que audita, TERMOCARTAGENA S.A., para conocer sus comentarios, sobre la verificación de los parámetros del cargo por capacidad – Indisponibilidad Histórica; respuesta del agente a la anterior invitación, en la cual expresa inconformidades y comentarios al informe, y comunica que no ha podido confirmar la asistencia de su asesor legal; Acta núm. 1, de 1° de septiembre de 2005, para discutir el informe de verificación de parámetros del Cargo por Capacidad, Indisponibilidad Histórica – IH, en la que participaron representantes de TERMOCARTAGENA S.A. (asesor legal y Jefe de Planeación y Servicios Técnicos) y de Price Waterhouse; consulta de Price Waterhouse a la CREG, para que le precise qué bitácora debe prevalecer para realizar su trabajo; Acta núm. 2, de 5 de septiembre de 2005, segunda reunión de discusión, en la que participaron los mismos representantes de TERMOCARTAGENA S.A., que asistieron a la anterior reunión; concepto de la CREG, de fecha 23 de septiembre de 2005, en la que expresa que la firma auditora debe escoger para su trabajo, la bitácora en la que se relacionen los eventos reales; y documento que contiene una relación de eventos de indisponibilidad considerados en el cálculo de la empresa auditora.

¹¹ *“Por la cual se modifica la Resolución CREG-025 de 1995, en lo referente al cálculo de índices de indisponibilidad (IH) para plantas con información insuficiente por presentar pocas horas de operación y horas de indisponibilidad en el período de análisis”.*

De lo anterior, se colige que el informe satisface las exigencias del numeral 2° del artículo 2° de la Resolución CREG 006 de 2001.

Tampoco es cierto, como bien lo expresó el Tribunal, que la empresa auditora no hubiera dado acceso a las memorias de cálculo, o base de cálculo del Índice de Disponibilidad Histórica – IH, previo a la entrega de su informe final, como lo demuestran los siguientes documentos (folios 19 a 35 del expediente administrativo), antes mencionados:

- Invitación de la firma Price Waterhouse de fecha 16 de agosto de 2005, a TERMOCARTAGENA S.A., con el fin de dar cumplimiento al artículo 2° de la Resolución CREG 006, y respuesta del agente, en la cual expresa inconformidades y comentarios al informe, y comunica que no ha podido confirmar la asistencia de su asesor legal.

- Reunión de fecha 1° de septiembre de 2005, que consta en el Acta núm. 1, entre los señores Mario Castro, Jefe de Planeación y Servicios Técnicos y Ángel Castañeda, asesor legal, representantes de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., y el equipo de PRICE WATERHOUSE, compuesto por cuatro personas, cuyo objeto fue la discusión del informe sobre verificación de parámetros Cargo por Capacidad, en cumplimiento del artículo 2° de la Resolución núm. 006 de 2001 (folio 328 del cuaderno principal). En el Acta consta, entre otras, que la firma con anterioridad envió un informe preliminar al agente para su consideración; que en dicha reunión la socia a cargo de la empresa auditora explicó al agente acerca de la metodología que se realiza, entre ellas la conformación de “una base de cálculo con la información de las bitácoras”, la solicitud que hace al CND de la relación de los eventos registrados durante el período de verificación, y el representante legal de TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. manifiesta que la metodología descrita es

buena, para la verificación del cargo por capacidad, pero que no es contundente para la comparación de datos, por lo que se debe tener en cuenta la bitácora electrónica; el asesor técnico de la firma auditora, sugiere hacer un “diagrama de pareto” sobre los eventos de indisponibilidad, en el cual se comparen la bitácora física con lo elaborado por la auditora, el asesor legal del agente dice que no comprende el procedimiento y sugiere hacer otra reunión.

- Reunión de 5 de septiembre de 2005, que consta en el Acta núm. 2, (folio 333 del cuaderno principal) donde se discutió nuevamente el informe sobre verificación de parámetros Cargo por Capacidad, Indisponibilidad Histórica (IH), en cumplimiento del artículo 2 de la Resolución 006 de 2001, de la CREG, llevada a cabo entre las mismas personas, más un consultor: el señor José Luis Mendoza Awad, por parte de Price Waterhouse.

En esta reunión, se dejó constancia en el Acta que:

“Siendo las 7:25 a.m. MJ (Mónica Jiménez, socia a cargo de Price Waterhouse) dio inicio a la reunión manifestando que, según lo acordado en la primera reunión de discusión del informe, se había citado esta segunda reunión para escuchar de Termocartagena su respuesta a la propuesta de PwC AGA¹², en la primera reunión, consistente en examinar conjuntamente los eventos de indisponibilidad cargados en la base de cálculo elaborada por PwC AGA a partir de la bitácora física suministrada por el agente. Antes de escuchar la respuesta de Termocartagena se solicita al consultor encargado de PwC AGA Jose Luis Mendoza que explique el trabajo de análisis de eventos que llevó a cabo con Termocartagena durante el proceso de verificación.

JLM explicó a los asistentes que durante el proceso de revisión de la bitácora de Termocartagena 3, llevada a cabo mediante reunión celebrada el 18 de julio de 2005 con Mario Castro, se identificaron los eventos de indisponibilidad para las estaciones de verano requeridas para el cálculo del índice de indisponibilidad histórica (IH). Se validaron estos eventos con la bitácora física y el señor MC se llevó una copia de los eventos identificados, acordando realizar las solicitudes necesarias con el objeto de aclarar los eventos por él

¹² PRICE WATERHOUSE COOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA.

considerados “indisponibilidades externas”. A la fecha no hemos recibido ninguna información.

...

MJ enfatiza que según lo anteriormente expresado, PwC AGA, ya llevó a cabo una reunión de verificación de eventos, pero que posteriormente PwC AGA no recibió información adicional por parte de Termocartagena.

...

MP (asesor técnico de PwC AGA) sugiere que a pesar del análisis efectuado por parte de MC (técnico de Termocartagena) y JLM (consultor de PwC AGA) se mantiene la propuesta de re-examinar los eventos en orden decreciente para re-verificar la consistencia de la información tomada de la bitácora física”.

De lo anterior se infiere que si el propósito de la invitación y de las reuniones¹³ era dar cumplimiento al artículo 2° de la Resolución núm. 006 de 2001, entre ellos, que el agente tuviera acceso a las memorias de cálculo, considera la Sala que en estas ocasiones la actora tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, de contradicción y de exigir el acceso a las memorias de cálculo, sobre todo, se insiste, si ese era el objeto de las reuniones; pero además, lo que se puede inferir de las Actas es que sí tuvo acceso a las memorias o base de cálculo, lo cual es confirmado por los testimonios que se solicitaron.

A solicitud de la parte actora, en cumplimiento del auto de 21 de febrero de 2008 proferido por el a quo (folio 259 del cuaderno principal), el señor José Luis Mendoza Awad, Ingeniero Industrial, consultor de la empresa auditora desde hace cuatro años, encargado de la revisión de las bitácoras, sobre el particular, rindió el siguiente testimonio (folios 287 a 292 *ídem*).

*“PREGUNTADO: Sírvase manifestar si en el curso o como resultado de la visita o auditoría a Termocartagena se elaboró una memoria de cálculo y en caso afirmativo manifieste a qué se refiere ésta.
CONTESTA: Sí se realizó y es correspondiente al anexo técnico del informe donde se explican los procedimientos, metodologías y cálculos desarrollados. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si el*

¹³ Las actas de las reuniones están suscritas por todos los asistentes, excepto por el señor Mario Castro, quien asistió como técnico de Termocartagena S.A. E.S.P., porque salió fuera del país.

informe al que dice usted que se anexó esa memoria de cálculo corresponde al informe final producido por Price y si éste corresponde al que obra a folios 3 a 11 del cuaderno 3 del expediente que con la venia del señor Magistrado se le pone de presente. CONTESTA: la memoria de cálculo corresponde a los folios 9 a 11. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si esa memoria de cálculo a la que se acaba de referir fue puesta en conocimiento por Price a Termocartagena previamente a la elaboración del informe final para que éste ejerciera su derecho a la defensa, conforme lo ordena la Resolución N° 006 de 2001 expedida por la CREG. CONTESTA: Sí, se puso en conocimiento, existen cartas de reunión donde se hacía asequible a Termocartagena la revisión de la información, adicionalmente se mantuvo comunicación telefónica de manera semanal con el señor Mario Castro de Termocartagena sobre el trabajo que íbamos desarrollando y adicionalmente una reunión en la sede de Price en Bogotá con el señor Mario Castro donde se le entregó una copia de los eventos de indisponibilidad y presentación de hallazgos generales. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si de la reunión en Bogotá a la que se acaba de referir se dejó constancia escrita en acta u otro medio documental. CONTESTA: No se tiene un acta puntual de la reunión, sin embargo ésta se menciona al igual que la entrega del listado de los eventos de indisponibilidad en las actas de reunión realizadas en el mes de septiembre de 2005 entre el equipo de Price, el señor Mario Castro y el abogado de Termocartagena”.

También obra en el proceso, el testimonio rendido el 8 de abril de 2008, por la señora Claudia Mónica Jiménez Poveda (folios 318 a 324), socia de Price Waterhouse, a cargo del proyecto, cuya práctica se decretó mediante auto proferido por el a quo el 21 de febrero de 2008 a solicitud de la parte demandada, quien manifiesta que es Ingeniera de Sistemas, especializada en finanzas y con más de 20 años de experiencia en auditoria; sobre el particular expresó:

“PREGUNTADO: Recuerda usted si a Termocartagena se le permitió el acceso a las memorias de cálculo de las conclusiones del informe, de ser así infórmenos de qué manera. CONTESTA: Sí, dentro de la carta de invitación que le enviamos al agente para discusión preliminar enviamos una copia del informe donde se anexa un informe técnico que contenía las memorias de cálculo del parámetro, adicionalmente días anteriores a la citación a la reunión nuestros consultores hablaron con el jefe de Operación de Termocartagena sobre la información de los eventos y los cálculos que estábamos desarrollando, se efectuaron dos reuniones con el agente para discusión del informe preliminar y presentación de información o argumentación que pudiera originar un cambio dentro del procedimiento efectuado por Price. PREGUNTADO:Cuál fue la respuesta de Termocartagena a esa invitación para realizar

conjuntamente el repositorio de eventos. CONTESTA: La respuesta fue negativa, Termocartagena se negó a hacer una verificación nuevamente de los datos contenidos en el repositorio argumentando que eso ya había tenido lugar, como era cierto, pues eso se había efectuado, como lo manifesté días antes entre los consultores de Price y el Jefe de Planta, en ese momento la solicitud de Termocartagena era que realizáramos el cálculo de verificación de ese parámetro sobre una bitácora electrónica PREGUNTADO: Se ha referido usted en sus respuestas al informe preliminar y a las memorias de cálculo y la Resolución 006 de 2001 de la CREG menciona el informe final. Nos podría indicar las diferencias que hay entre estos tres conceptos. CONTESTA: De acuerdo a lo que manifiesta la Resolución 06 de 2001 de la CREG, antes de emitir un informe final de verificación de un parámetro debemos discutir las conclusiones de nuestros hallazgos con el agente afectado, hemos denominado informe preliminar al informe borrador que se envía al agente para discusión, una vez se efectúa la reunión de discusión con el agente se escuchan sus argumentaciones y se nos hace llegar información que el agente o Price considere relevante para el análisis efectuado se procede a emitir un informe final con destino a la CREG y a ISA que es nuestro contratante, las memorias de cálculo son los informes técnicos que contienen la información básica que ha sido utilizada para efectuar los cálculos y llegar a un resultado que se coteja con la declaración del agente. PREGUNTADO: Sírvase manifestar conforme a su respuesta anterior, si la relación detallada e individualizada de los eventos se encuentra en la memoria de cálculo o en el informe preliminar. CONTESTA: ... lo que anexamos fue la memoria de cálculo en donde se encontraban los cálculos efectuados por Price.”

Tanto la invitación efectuada por la auditora al agente auditado, como las Actas de las reuniones y las declaraciones rendidas, demuestran que la actora contó con diversas oportunidades para ejercer su derecho a la defensa, verificando la información, expresando su opinión, pidiendo aclaración o modificación de errores e inconsistencias, solicitando documentos que en su criterio debían estar a su disposición, como son las memorias de cálculo, las que señala no le fueron entregadas, lo cual es desvirtuado por los declarantes; y, se reitera, el objeto de las reuniones era, precisamente, cumplir con lo prescrito en el artículo 2° de la resolución CREG 006 de 2001, que alude a este punto.

Por lo anterior, como lo consideró el Tribunal en la providencia apelada, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Las otras dos inconformidades de la actora se resolverán conjuntamente, por estar relacionadas.

2. El Tribunal consideró que los estados (horas) de “reserva” debían contabilizarse, a pesar de que la fórmula IH no contempla este factor. Ni menos aún se refiere a eventos, término sobre el cual no existe definición, y,

3. TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., jamás reportó “número de eventos”.

Sobre el particular, advierte la Sala lo siguiente:

Es cierto que TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. no reportó eventos o número de eventos o por lo menos no usó esta expresión, como tampoco el CND lo hizo, según lo expuesto por el perito Gilberto Cuervo León en el punto 4.3. del informe pericial (escrito que obra en cuaderno aparte) ante el Tribunal, pero lo cierto es que de lo registrado en la bitácora física elaborada por Termocartagena S.A. E.S.P. (19 libros que obran en el expediente, que por razones de fiabilidad fue la que se tuvo en cuenta, porque contiene fechas, horas, secuencias, turnos de personal) se encontraron situaciones que causaron indisponibilidad parcial o total, y a dichas situaciones se les denomina eventos; precisamente la firma auditora lo que analizó fueron los parámetros para fijar el índice de indisponibilidad histórica – IH, y encontró que la información que aparecía en la bitácora física del agente, que era la que tenía información real, no coincidía con la información que éste envió al CND, registrada en su bitácora electrónica, que no era fiable. Entonces,

es cierto que la actora no registró eventos o número de eventos, pero de su propia información éstos se dedujeron por parte de Price Waterhouse y de los peritos.

Price Waterhouse encontró discrepancias entre la verificación que hizo de los parámetros para el cálculo del IH y el valor declarado como IH por TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P., porque el declarado por este agente era inferior al calculado por la firma auditora en más del 10%, por lo que se encontraba fuera de los rangos de holgura o margen de error.

Como bien lo explicó el Tribunal, de conformidad con la Resolución 006 de 2001, que fue el instrumento base para proferir los actos acusados, el Sistema Interconectado Nacional del Sector Eléctrico está dispuesto a aceptar que las plantas no estén disponibles en un 10%, pero si se supera dicho margen en los reportes declarados por el agente generador frente a la verificación hecha por el auditor, se considera que existe una discrepancia.

Dicha discrepancia trajo como consecuencia, según lo dispuesto por el artículo 10°, numeral 5°, de la Resolución CREG 116 de 1996, que precisa el método de cálculo del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad, modificado por el artículo 1° de la Resolución CREG 083 de 2000, antes transcrita, que el valor a distribuir del cargo por capacidad correspondiente es igual a cero, por lo que TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P. no tenía derecho al cargo por capacidad que había recibido con antelación, y debía devolver la suma que por este concepto se le entregó, por tratarse de un pago de lo no debido, adicionando a los intereses correspondientes la tasa de interés bancario corriente.

De otro lado, se tiene que la expresión “evento”, cuyo significado dice desconocer la actora, como lo señaló el a quo, es un concepto técnico utilizado en la operación

de las plantas de generación, que la misma actora definió en su recurso de reposición como *“la situación que cause la indisponibilidad parcial o total de una planta de generación y que ocurre de manera programada o no”*, definición que coincide con la expuesta en las Resoluciones que se mencionaron a pie de página núms. 5, 6 y 7, la primera de ellas, citada por el Tribunal y desmentida por la actora, expedida años antes de las Resoluciones acusadas.

Además, la expresión “evento” utilizada en las Resoluciones transcritas que reglamentan el “cargo por capacidad”, era conocida en su significado por parte del agente, pues éste accedió a las sumas que le fueron entregadas, además de que fue un término traído a colación desde que se iniciaron las reuniones con Price Waterhouse, como se resaltó en la transcripción que de éstas se hizo en el numeral anterior, luego lo cierto es que lo que pretendía el agente era que se tuviera en cuenta su bitácora electrónica, precisamente para a partir de ella contar los “eventos”.

A lo anterior se suma el hecho de que el perito Gilberto Cuervo León, Ingeniero Electricista y en ejercicio de la profesión, a quien ya aludió la Sala, en su dictamen rendido el 14 de noviembre de 2008, ante el Tribunal Administrativo, manifestó:

“1. Estados de una Planta de Generación:

- *Indisponible: Estado en el cual, una Unidad o Planta no está en capacidad de generar por una salida forzada o programada.*
- *Servicio: Estado en el cual, una Unidad o Planta está conectada al sistema.*
- *Reserva: Estado en el cual, una Unidad o Planta está disponible pero no en servicio.*
- *Pruebas: Estado en el cual, una Unidad o Planta está conectada al sistema bajo condiciones de inspección o vigilancia.*

2. Determinación de eventos

Se considera un evento, los diferentes cambios de estado de generación de una Unidad o Planta, los cuales son los que se relacionan en el punto anterior y que causan indisponibilidad parcial o

total de la Unidad o Planta de Generación y que ocurren de manera programada o no". (Resalta la Sala)

Este criterio, según lo afirma el perito Cuervo León, fue el que acogió Price Waterhouse en su informe y el perito Mauricio Correa en el procedimiento Administrativo; y, finalmente la CREG, en los actos acusados. Frente a la pregunta (numerales 4.4 y 4.5 del informe pericial): Cuál es el criterio con base en el cual Price Waterhouse contabilizó los eventos reportados o registrados por Termocartagena para la planta termocartagena 3, para la evaluación del cargo por capacidad para el periodo 2004-2005, respondió:

"4.4

... .

"El primer criterio aplicado por PRICE, fue determinar que la fuente de información fiable para la obtención de los eventos de la planta, es la bitácora física.

El segundo criterio aplicado por PRICE, fue considerar los diferentes cambios de estado de generación de la Unidad y que causaron la indisponibilidad parcial o total de la Planta de generación, es decir, cada vez que se presentó un cambio de estado entre Servicio, Indisponible, Reserva y Pruebas, se contó como un evento, siempre y cuando haya causado indisponibilidad total o parcial.

4.5

... .

El perito MAURICIO CORREA tomó la base de cálculo elaborada por PRICE a partir de la bitácora física El criterio aplicado para la determinación de eventos, fue considerar los diferentes cambios de estado de generación de la Unidad y que causaron indisponibilidad parcial o total de la Planta de Generación".

Las partes del proceso solicitaron aclaración y complementación del anterior dictamen (folios 379 a 384), lo cual fue respondido por el perito mediante comunicación que obra a folios 389 a 408 del cuaderno principal, en el cual se lee, en respuesta a las aclaraciones que solicitó la parte actora, entre otras consideraciones, lo siguiente:

“No existen diferencias de conteo, se reitera que existen diferencias entre lo que el agente consignó en la Bitácora Física, respecto a la información que éste mismo reportó al CND”.

A la solicitud de “aclarar si, de conformidad con la definición de evento, dada en el numeral 2 del dictamen (folio 2) y reiterada en el numeral 4.4. del dictamen (folio 6) en el que se dijo ‘cada vez que se presentó un cambio de estado entre Servicio, Indisponible, Reserva y Pruebas, se contó como un evento, siempre y cuando haya causado indisponibilidad total o parcial’, ¿para pasar de un evento al siguiente es necesario cambiar de estado? o ¿se puede pasar de un evento al siguiente permaneciendo en un mismo estado de servicio, indisponibilidad, reserva o prueba? Explicando en uno u otro caso la razón de su respuesta”, respondió:

“No hay cambios de eventos sino cambios de estado. Como lo dice la misma pregunta: ‘cada vez que se presentó un cambio de estado entre Servicio, Indisponible, Reserva y Pruebas, se contó como un evento, siempre y cuando haya causado indisponibilidad total o parcial’ (resalta la sala).

Se reitera que no hay cambios de eventos, sino cambios de estado. Ahora, si la Unidad se encuentra en un estado estable, ya sea de Servicio, Indisponible, Reserva o Pruebas y el agente modifica su disponibilidad, allí se establece un evento”.

A la pregunta de si se debía contabilizar nuevamente el número de eventos de la bitácora física, del sistema del CND, o de ambos, y de ser así, indicar el número de ellos, y en caso contrario explicar por qué no hay lugar a un nuevo cálculo, respondió:

“No hay lugar a contabilizar nuevamente el número de eventos, por las siguientes razones:

- 1. El informe pericial presentado fue la consecuencia de un juicioso y detallado análisis de la información, lo cual conllevó a los resultados ya presentados.*
- 2. Los aspectos tratados en los puntos anteriores de ninguna manera desvirtúan ni modifican el resultado obtenido en el cálculo del IH.*

3. *Los interrogantes planteados han sido respondidos a cabalidad y conllevan a ratificar los conceptos que sirvieron de base para el estudio realizado*”.

Finalmente, a la solicitud de indicar si la diferencia en el número de eventos correctamente calculados con base en la bitácora física, frente al número de eventos correctamente calculados en el sistema CND, es menor o mayor al 10%, respondió:

<i>“Número de Eventos Bitácora Física (anexo A, folios 396 y ss)</i>	<i>136</i>
<i>Número de Eventos registrados en el CND (anexo B, folios 405 y ss)</i>	<i>197</i>
<i>Diferencia</i>	<i>61</i>
<i>Relación</i>	<i>61/197 = 0.3096</i>
<i>Desviación</i>	<i>0.3096 X 100 = 30.96%</i>

Por lo anterior, la diferencia es mayor al 10%.”

En cuanto a las aclaraciones solicitadas por la demandada, se destacan las siguientes afirmaciones efectuadas por el perito:

“La información contenida en las bitácoras efectivamente solo son un criterio para determinar la consistencia y coherencia entre la información relativa a la operación de la Unidad o Planta y la reportada por el Agente al CND y allí registrada”.

... .

Efectivamente, los eventos de reserva son susceptibles de generar indisponibilidad parcial de la planta y como se indicó en el informe pericial “Horas equivalentes de indisponibilidad por derrateo. Se entiende como tal, cuando por razón de algún evento interno (la pregunta no define si es por reserva o indisponibilidad) es decir, no entró en operación al encontrarse indisponible (disminución total de su capacidad de generación)... .”

La actora objetó el dictamen pericial (folio 411 y siguientes) porque considera que el perito, como lo hizo Price Waterhouse, contó de una manera en la base de datos del CND, (donde sólo contaron filas de un reporte) y de otra en la bitácora

de Termocartagena (en donde sí contaron bien, cada cambio entre estados de indisponible, prueba, servicio o reserva), por lo que ello llevó al error de afirmar que existe una diferencia de 61 eventos.

La demandada se opuso a las objeciones presentadas por la actora contra el dictamen pericial, porque considera que el perito no se limitó a contar filas, pues lo que manifiesta en su aclaración es que cada fila es un evento reportado y por ello sumó filas para tener un total de eventos; resalta que todos los peritos, es decir, la firma auditora, Gilberto Cuervo y Mauricio Correa, coinciden en que los cambios de disponibilidad durante un evento de prueba generan nuevos eventos, y que como ya lo advirtió en la contestación de la demanda, el número de eventos apenas sirve como criterio para la determinación de la base de datos con la cual se verifica el IH, pero ese número no es propiamente utilizado en el despeje de la fórmula del IH, sino para medir la confiabilidad de la información de la bitácora, que es construida por el agente, y que un criterio válido para medir la confiabilidad es confrontarla con la información registrada en el CND, que proviene de los mismos agentes.

Recuerda la demandada que lo que se está midiendo es la disponibilidad de la planta.

En respuesta a la objeción presentada por la actora, el perito Gilberto Cuervo León, una vez reitera lo expuesto en su dictamen (folios 527 a 534), manifiesta que el criterio de análisis de información y posterior conteo de eventos es el mismo; que las diferencias se presentan cuando se encuentra que la información que el agente tiene consignada en su bitácora física, es diferente a la que él mismo reportó al CND, que no rectificó oportunamente, de lo cual es responsable, y no puede pretender en esta oportunidad modificarla.

Es importante anotar, que el señor José Medardo Prieto Suárez, Ingeniero Eléctricista con experiencia como asesor en diferentes entidades en generación de energía eléctrica, consultor nacional e internacional en el área de energía y los servicios públicos domiciliarios, asesor técnico externo de Price Waterhouse, participó en las reuniones antes mencionadas (folio 304 y ss del cuaderno principal); en su declaración juramentada explicó que una vez establecida la bitácora de la planta se procedió de acuerdo con lo establecido en la Resolución 06 de 2001 que indica contabilizar el número de eventos en la bitácora de la planta y confrontarlos con el número de eventos registrados en la base de datos del CND.

Ahora bien, al preguntársele al testigo acerca de la contabilización de los eventos de reserva, expresó que sí se hizo, porque la variable pertinente para el parámetro IH, es la disponibilidad de la planta para generar potencia eléctrica.

Al preguntársele al testigo, acerca de si las horas de prueba son o no relevantes para el cálculo del IH, respondió que sí, porque en este estado se pueden presentar pérdidas de disponibilidad que afectan el cálculo del IH, por lo que si durante una prueba cambia la disponibilidad de la planta se puede estar frente a varios eventos, es decir, que cualquier cambio en las variables de disponibilidad de potencia constituye un evento; agregó que cada vez que se presentaba un cambio de disponibilidad de potencia, se registró como un evento.

En conclusión, en lo que respecta a los dos cargos endilgados, estima la Sala que el hecho de que en muchas oportunidades se exprese que TERMOCARTGAGENA S.A. E.S.P. reportó eventos o número de eventos, se refiere a la información que ésta tenía en su bitácora física y la que reportó al

CND; teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 29 del Código Civil que dispone, *“Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido contrario”*, se tiene que dentro del contexto de la generación de energía, se ha entendido que evento es una situación que causa indisponibilidad parcial o total de una planta de generación y que ocurre de manera programada o no; y que los eventos de reserva son susceptibles de generar indisponibilidad parcial de la planta.

Las razones anteriores llevan a la Sala a confirmar la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demanda, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia de 18 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, que denegó las súplicas de la demanda.

TIÉNESE al doctor FRANCISCO JOSE CHAUX DONADO como apoderado del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA – COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, CREG, de conformidad con el poder visible a folio 53 del cuaderno núm. 2.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 4 de julio de 2013.

MARCO ANTONIO VELLAMORENO MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente
Ausente en comisión

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA