

7. a) FALTA DE JURISDICCION - Inexistencia / ARBITRAMENTO - Naturaleza. Voluntario / ARBITRAMENTO - Norma no puede imponerlo

En primer lugar, debe referirse la Sala a la excepción de falta de jurisdicción planteada por una de las partes recurrentes fundamentada en lo previsto en el artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995 cuyo párrafo 2° dispone que las controversias a las que den lugar las liquidaciones y que no puedan resolverse con ocasión de los recursos, se resolverán por medio de tres (3) árbitros. Sobre este punto reitera la Sala lo expuesto en anteriores pronunciamientos en el sentido de que el arbitramento debe ser pactado voluntariamente por las partes y no impuesto por la norma, lo cual adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que en este caso las partes nunca suscribieron un Contrato de Conexión que hubiera podido establecer en forma clara la manera alternativa de solucionar sus controversias. No procede entonces el argumento de falta de jurisdicción esgrimido tanto en la contestación de la demanda como en el recurso interpuesto contra el fallo del a quo.

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. Dr. Rafael O. de Lafont, 30 de agosto de 2007, Expediente 00204-01.

b) REGIMEN ESPECIAL DE ENERGIA ELECTRICA - Vía gubernativa. Debido proceso / VIA GUBERNATIVA - Régimen especial de energía eléctrica / DEBIDO PROCESO - Régimen especial de energía eléctrica

Esto demuestra que FLORES III sí tenía conocimiento del trámite de los recursos y cuya definición final estaba en manos de la CREG, ante la cual presentó la solicitud. Luego, mal puede afirmar que fue ajena a esta etapa y que no pudo intervenir en ejercicio de su derecho de defensa. Así las cosas, a juicio de esta Sala, a FLORES III Ltda., sucesora de TERMOFLORES no se le ha vulnerado el debido proceso en estas actuaciones, pues los hechos antes descritos evidencian que con ocasión del conflicto de intereses surgido entre TERMOFLORES y ELECTRICARIBE con ocasión del daño sufrido por el autotransformador 220/110 KV de TERMOFLORES, sólo existió un trámite administrativo que culminó con el acto demandado. Dicho trámite se inició con las facturas y las glosas a las mismas efectuadas por la demandante y la aceptación a su favor por parte de ISA, hasta llegar a las decisiones adoptadas por las autoridades del mercado mayorista de energía eléctrica mediante los actos acusados, en los que se aprecia que las decisiones allí tomadas tuvieron en cuenta los argumentos expuestos por las partes a lo largo de este trámite, los cuales debieron ser los mismos, puesto que no se produjo un hecho nuevo que los hubiera modificado. Estos argumentos fueron tenidos en cuenta al producirse el acto que definió lo relativo a la restricción, garantizándose así el debido proceso y el derecho de defensa de las partes involucradas.

c) CITACION - Norma especial / COMUNICACIONES - Norma especial / RECURSOS - Oportunidad. Norma especial / VIA GUBERNATIVA - Citación o comunicación / NORMA ESPECIAL - Citación o comunicación. Vía gubernativa / RECURSO - Presentación personal. Norma especial / ENERGIA ELECTRICA - Régimen especial

Observa la Sala que la Comunicación 6412-1 de 12 de marzo de 1999, que obra en el expediente a folios 24 y 25 Anexo, fue enviada por correo en la misma fecha y los recursos se interpusieron el 23 de marzo siguiente, es decir dentro del término legal, según el postulado del artículo 107 de la Ley 142 de 1994 norma especial aplicable de modo preferente que dispone que la citación o comunicación se entenderá cumplida al cabo del décimo día siguiente a aquel en que haya sido puesta al correo, si ese fue el medio escogido para hacerla y si el citado tuviere domicilio en el país. Además, debe tenerse en cuenta que el término vencía el 24 de marzo de 1999, toda vez que ELECTRICARIBE contaba con 5 días para interponer el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. En relación con la falta de presentación personal de los recursos por parte de ELECTRICARIBE, el artículo 114 de la Ley 142 de 1994 prevé que la presentación personal del interesado no será necesaria para hacer las peticiones o interponer los recursos, ni para su trámite. En consecuencia, la falta de este requisito no es óbice para que la administración resuelva los recursos pertinentes, por expresa disposición legal. En conclusión, la Sala reitera que no hubo violación al debido proceso, por cuanto el trámite administrativo se encuentra debidamente soportado en leyes especiales que regulan la materia y que son de aplicación preferente sobre las normas generales

d) REVOCATORIA DIRECTA - Silencio administrativo. Improcedencia / SILENCIO ADMINISTRATIVO - Revocatoria directa. Improcedencia

La actora en la demanda afirma que la CREG guardó silencio sobre tal solicitud y no se pronunció en relación con la misma, lo que, a consideración de ésta, llevó a concluir que había operado el silencio administrativo negativo. La Sala no encuentra válido este cargo de la actora, toda vez que el artículo 72 de Código Contencioso Administrativo es claro al establecer que en ningún momento la decisión que recaiga sobre la solicitud de revocatoria directa de lugar al silencio administrativo.

e) CONSEJO NACIONAL DE OPERACION - Firmeza y ejecutoriedad de sus decisiones / SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL - Disposiciones especiales / CREG - Autoridad decisoria

En lo que respecta a la firmeza y ejecutoriedad de las decisiones adoptadas por el Consejo Nacional de Operación que, a juicio de la actora, fueron afectadas por el acto acusado, basta advertir que de conformidad con las disposiciones especiales que regulan el Sistema Interconectado Nacional, la CREG es la máxima autoridad decisoria en la materia, razón por la cual se desestima este cargo. Carece entonces de fundamento el cargo de la demanda relativo a que se produjo indebidamente una revocatoria del acto que había aceptado las glosas a las facturas el cual había creado una situación de carácter particular y concreto a favor de FLORES III, acto que, por lo mismo, no podía ser revocado sin su consentimiento. Este argumento carece de sustento puesto que en este momento no existía ningún acto definitivo que hubiera decidido el asunto, el cual se produjo solo con el acto demandado proferido por la autoridad competente para hacerlo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-24-000-2000-08499-01

Actor: FLORES III LTDA. & CIA S.C.A. ESP

Demandado: COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la NACIÓN—MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA—COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG), de INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. ESP (ISA S.A. ESP) y de ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP (ELECTRICARIBE S.A. ESP) contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera, Subsección A) de 15 de agosto de 2002, por la cual declaró la nulidad de la Resolución CREG-031 de 1999 (22 de julio) y del acto administrativo presunto que negó la solicitud de revocación directa de la citada resolución.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 14 de enero de 2000 FLORES III LTDA. & CÍA. S.C.A. ESP, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instituida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, formuló la siguiente demanda:

1.1. Pretensiones

1.1.1. Que es nula la Resolución 031 de 1999 (22 de julio) por la cual la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) ordenó al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) practicar una reliquidación proveniente de una restricción presentada en un autotransformador.

1.1.2. Que es nulo el acto presunto negativo de la solicitud de revocación directa de la Resolución 031 de 1999.

1.2. Hechos

- FLORES III LTDA. & CIA. S.C.A. ESP es una sociedad organizada como Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de conformidad con los artículos 17 y siguientes de la Ley 142 de 1994 que desarrolla y presta las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica, complementarias del servicio público domiciliario de energía eléctrica.
- ELECTRICARIBE S.A. ESP presta el servicio público domiciliario de distribución de energía eléctrica teniendo la calidad de Operador de la Red (OR).
- FLORES III LTDA. & CIA. S.C.A. ESP es propietaria de un transformador de corriente a 110 kilovatios y de un auto-transformador de 220 a 110 kilovatios (220/110 Kv), que durante 1998 y parte de 1999 fueron utilizados por ELECTRICARIBE S.A. ESP en su condición de operador de la red del área de Barranquilla.
- La utilización de los activos y equipos de propiedad de FLORES III ESP por parte de ELECTRICARIBE S.A. ESP surge de un acuerdo existente entre las dos empresas, que convinieron y regularon los aspectos fundamentales relacionados con tal utilización.
- En diciembre de 1998 y enero de 1999 se presentó un daño en el auto-transformador de 220/10 Kv de propiedad de FLORES III ESP utilizado por ELECTRICARIBE, que ocasionó

generación de energía por restricción en el área de Barranquilla y que dio lugar a la utilización de activos de conexión de propiedad de ISA S.A. ESP.

- Como consecuencia de las restricciones, mediante comunicaciones 004332-1 y 004333-1, INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. ESP, en calidad de Administrador del Sistema Interconectado Nacional (ASIC) presentó a FLORES III ESP las facturas de venta SIC 4809 por valor de \$578'658.262 y SIC 4775 por \$1.471'475.023 con cargo a la asignación de la restricción señalada.
- El Gerente de Comercialización de FLORES III ESP, en Oficio de 22 de febrero de 1999, radicado en ISA S.A. ESP bajo el número 005363-3, glosó las facturas anotadas. ISA S.A. ESP, según Oficio 005326-1 de 26 de febrero de 1999 suscrito por el Gerente de Mercado de Energía Mayorista aceptó las objeciones y comunicó que procedería a la respectiva liquidación.
- ISA S.A. ESP adelantó las gestiones de facturación y cobro de los valores correspondientes a la remuneración por la utilización de sus activos de conexión, con motivo de la referida generación de energía por restricción en el área de Barranquilla frente a ELECTRICARIBE S.A. ESP, actuaciones y decisiones que la actora no conoció.
- En comunicación 005005-1 de 24 de febrero de 1999 el Director de Operación del Mercado informó a ELECTRICARIBE S.A. ESP acerca de la Nota Débito ND 5409 por valor de \$578'382.643 por concepto de la restricción producida por el auto-transformador 220/110 Kv y le envió la nota, que fue rechazada por el Presidente de la Empresa mediante el oficio EC-MERC-0174 de 26 de febrero de 1999.
- El Gerente de Mercado de Energía Mayorista de ISA S.A. ESP en Oficio 005464 de 2 de marzo de 1999, comunicó al Gerente de ELECTRICARIBE S.A. ESP que el rechazo de las notas débito no era procedente. Contra esta comunicación ELECTRICARIBE no interpuso los recursos de reposición y apelación.
- Por comunicación EC-CERC-0185 de 8 de marzo de 1999, el Presidente de ELECTRICARIBE S.A. ESP ratificó a ISA S.A. ESP el rechazo de las objeciones a las notas débito ND-5408 y ND 5409 exponiéndole sus argumentos.
- El Gerente de Mercadeo de Energía Mayorista de ISA S.A. ESP mediante Oficio 006412-1 de 12 de marzo de 1999, comunicó a ELECTRICARIBE que la ratificación de rechazo de las notas débito y de las liquidaciones no era aceptable y que debió agotar la vía gubernativa interponiendo los recursos procedentes.
- El Gerente de ELECTRICARIBE S.A. ESP, atendiendo esta sugerencia, interpuso los recursos de reposición ante la Gerencia de Mercado de Energía Mayorista de ISA S.A. ESP y

subsidiario de apelación ante la CREG. Estos recursos, además de no haberse presentado personalmente, fueron extemporáneos. Sin embargo, ISA S.A. ESP resolvió el recurso de reposición confirmando sus decisiones y concedió el recurso de apelación ante la CREG.

- Por Resolución 031 de 1999 (22 de julio) la CREG aceptó el recurso de apelación y ordenó al ASIC proceder a la correspondiente reliquidación, es decir que aceptó las pretensiones de ELECTRICARIBE S.A. ESP, exonerándola de la obligación de pagar las sumas facturadas por ISA S.A. ESP y que serían cobradas a FLORES III LTDA.
- Estas actuaciones nunca fueron notificadas o puestas en conocimiento de la actora, es decir, que no tuvo oportunidad de intervenir en la actuación administrativa, ni exponer sus argumentos, presentar pruebas o controvertir las aportadas.
- Expedida la Resolución 031 de 1999, el Director Ejecutivo de la CREG por medio de Oficio MME-CREG-1679 de 23 de septiembre de 1999, citó al representante legal de FLORES III para notificarle el contenido de la citada resolución. Sin embargo, la notificación se surtió por edicto fijado el 8 de octubre de 1999.
- El 15 de septiembre de 1999 la representante legal de FIDUCIARIA GANADERA S.A., como vocera del patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUGAN TERMOELÉCTRICA LAS FLORES, socio y representante de FLORES III LTDA. pidió a la CREG la revocación directa de la Resolución 031 de 1999.
- La CREG durante los tres (3) meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud de revocación, guardó silencio y no hizo pronunciamiento alguno al respecto por lo que, al tenor del artículo 40 CCA debe entenderse que ha operado el silencio administrativo negativo, o lo que es igual, que por acto presunto la CREG resolvió negativamente la solicitud.
- Contra esta decisión ELECTRICARIBE no interpuso recurso alguno. Por lo tanto, ISA S.A. ESP, en cumplimiento de la Resolución CREG 031 de 1999, procedió a los ajustes a las facturaciones asignando las restricciones a cargo de la actora con sus intereses los cuales fueron cancelados por ésta por la suma de DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS VEINTITRÉS MIL CUARENTA Y SEIS PESOS (\$2.343'523.046).

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Invoca como violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 29, 58, 121, 209, 228, 238, 365, 367, 370 y concordantes.

- Ley 142 de 1994: artículos 14, 14.25, 15, 15.1, 17, 18, 19, 30,32, 39, 39.4, 67, 69, 70, 71, 74, 784.1, 106, 107, 108, 109, 113 y siguientes y concordantes.
- Ley 143 de 1994: artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 23, 28, 29, 32, 34, 36, 39, 40 y siguientes y concordantes.
- Código Contencioso Administrativo: artículos 3º, 28, 31, 34, 35, 40, 44, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 63, 69, 71, 73, 74, 83, 85, 137, 267 y concordantes.
- Ley 446 de 1998: artículos 10, 11, 16, 32, siguientes y concordantes.
- Resolución 025 de 1995 expedida por la CREG –Código de Redes como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional–.
- Resoluciones 070 de 1998 expedida por la CREG –Reglamento de Distribución de Energía Eléctrica, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional–.

Como concepto de la violación expresó:

1.3.1. Se violó el debido proceso porque la CREG omitió notificar a la actora la actuación administrativa adelantada, pese a que en su decisión final aceptó la validez de los argumentos de ELECTRICARIBE S.A. ESP y ordenó la reliquidación que a su cargo había efectuado y confirmado ISA S.A. ESP como Administrador del Sistema Interconectado Nacional, decisiones adoptadas conforme a lo dispuesto por el Consejo Nacional de Operación para que ahora a la actora le cobren, carguen y hagan efectivos los valores correspondientes a la utilización de los activos de conexión de ISA como consecuencia de la generación por restricción resultante del daño sufrido en el auto-transformador 220/110 Kv.

El hecho de adelantar la actuación administrativa «a espaldas» de la interesada, sin brindarle la oportunidad de exponer sus argumentos, presentar pruebas o controvertir las presentadas que sirvieron de fundamento a los actos acusados, es una clara violación del derecho de audiencia.

Los recursos interpuestos por ELECTRICARIBE S.A. ESP contra las decisiones de ISA que dieron lugar a la expedición de la Resolución 031 de 1999 carecían de los requisitos mínimos exigidos por la ley y eran extemporáneos, por lo que no debieron tramitarse ni decidirse, sino rechazarse.

1.3.2. Revocación de actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento de su titular.

La CREG al aceptar en su Resolución 031 de 1999 los planteamientos de ELECTRICARIBE S.A. ESP y ordenar al Administrador del Sistema Interconectado Nacional (ASIC) la reliquidación

correspondiente, pese a no decirlo expresamente, revocó el Acto Administrativo contenido en la comunicación 005328-1 de 26 de febrero de 1999 por la cual ISA había aceptado la glosa presentada por FLORES III LTDA. contra las facturas SIC-4809 y SIC-4775, consolidando así una situación de carácter particular y concreto, con la anotación de que para que esa aceptación se tuviese como definitiva sería necesario agotar el procedimiento establecido en el Anexo General de la Resolución CREG 025 de 1995.

Ese procedimiento se agotó en cuanto se consultó al Consejo Nacional de Operación (CNO), el cual, en Oficio de 12 de marzo de 1999 se pronunció definiendo que «las restricciones deben ser pagadas por el Operador de Red», aclarando de esta manera la interpretación para la asignación de las restricciones.

Comoquiera que el Operador de Red (OR) en este caso es ELECTRICARIBE S.A. ESP y el CNO dispuso que era a esta empresa, que no a la actora, a quien le correspondía pagar la utilización de los activos con ocasión de la generación por restricción causada por el daño del auto-transformador 220/110 Kv y dado que ISA S.A. aceptó las glosas presentadas por la actora contra las facturas que se expidieron a su cargo, resulta evidente que FLORES III S.A. ESP fue exonerada por completo del pago, con lo cual se consolidó a su favor una situación jurídica particular y concreta, que hace improcedente la reliquidación ordenada por la CREG en la Resolución 031 de 1999, pues equivale a revocar o desconocer las decisiones administrativas ya tomadas.

1.3.3. Firmeza y ejecutoriedad de las decisiones adoptadas por el CON.

El CNO, en su sesión extraordinaria No. 90 de 1999 (4 de marzo), luego de estudiar detenidamente la situación ocasionada por la generación por restricción causada por el daño del auto-transformador 220/110 KV, decidió que éstas deben ser pagadas por el Operador de Red y así fue comunicado a la CREG, a ELECTRICARIBE S.A. ESP, a ISA S.A. ESP y a FLORES III LTDA. ESP.

Esta decisión, como todo acto administrativo, se encuentra acompañada de la presunción de legalidad dispuesta en el artículo 66 CCA, y no se ha configurado ninguna de las causales para que pierda su fuerza ejecutoria, ni ha sido suspendida o anulada por la jurisdicción contencioso-administrativa, ni contra ella el interesado interpuso recurso alguno.

1.3.4. Falsa motivación

En su Resolución 031 de 1999 la CREG intenta hacer creer que para su expedición se respetó el derecho al debido proceso de FLORES III LTDA. y que la decisión final fue adoptada después de escuchar a las partes interesadas y analizar los argumentos de cada una, pero esto no corresponde a la realidad, ya que a FLORES III LTDA. no se le brindó la oportunidad

de intervenir en la actuación administrativa, pues no fue notificada de su existencia, y no pudo, por tanto, exponer sus argumentos, ni aportar pruebas o controvertir las allegadas.

1.3.5. Violación de las normas en que debían fundarse los actos demandados.

La CREG expidió las resoluciones 025 de 1995 (Código de Redes) y 70 de 1998 (Reglamento de Distribución) que establecen los principios, reglas, aspectos operativos, técnicos y comerciales del Sistema de Interconectado Eléctrico. Los numerales 9.1, 9.3 y 9.3.1 de la Resolución 70 disponen que el mantenimiento de las redes de uso general corresponde al Operador de Red (OR), quien recibe una remuneración por el valor y el mantenimiento de éstas. El OR, a su vez, remunera a los terceros propietarios de redes. De esta forma se mantienen delimitadas las condiciones de propietarios de activos de uso que pueden corresponder a terceros y la responsabilidad propia de los OR que los utilicen para prestar el servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Cuando la CREG aprobó los cargos por uso para el Sistema de Transmisión regional aplicables a ELECTRICARIBE S.A. ESP, incluyó entre de los activos remunerados la línea y el transformador de propiedad de FLORES III ESP, conforme a la Resolución 161 de 1997, más el 2.5% por concepto de operación, administración y mantenimiento. Así, ELECTRICARIBE S.A. ESP viene recibiendo pagos por su responsabilidad en la Administración, Operación y mantenimiento de los activos de FLORES III ESP, y por esta razón debe responder por la disponibilidad de estos, conforme al principio general de derecho según el cual «quien recibe el beneficio debe asumir la carga correspondiente».

El artículo 5° de la Resolución 099 de 1996 dispone que el costo de la generación fuera de mérito será asignado al transportador causante de la restricción cuando se ocasiona por problemas en las redes que estén bajo su responsabilidad.

Lo anterior no es más que desarrollo de las leyes 142 y 143 de 1994, que establecieron un esquema de especialización y no integración vertical de empresas, que no permite que un transportador desarrolle otras actividades; tampoco es permitido que un generador se ocupe de actividades de transporte de energía.

Por ser ELECTRICARIBE S.A. ESP una empresa de servicios públicos domiciliarios que presta el servicio de distribución o transporte de energía eléctrica, sin que pueda actuar como generadora o comercializadora, le corresponde asumir los costos que se ocasionen por la generación fuera de mérito.

La CREG expidió la Resolución 031 de 1999 con clara violación de las normas en que debía fundarse, en cuanto exoneró a ELECTRICARIBE S.A. ESP en su condición de Operador de Red y, como tal, de transportadora de energía, del pago de los costos correspondientes a la generación fuera de mérito o generación por restricción ocasionada en el daño del auto-

transformador 220/110 Kv. y dispuso que estos costos fueran reliquidados o cargados a FLORES III ESP.

2. ACTUACIÓN

2.1. El apoderado de INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. ESP se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando no ser cierto que FLORES III esté organizada como empresa de servicios públicos domiciliarios, pues se trata de una empresa que presta los servicios complementarios de generación y comercialización de energía.

ISA en su calidad de administrador del Sistema de Intercambios Comerciales facturó a ELECTRICARIBE S.A. ESP las restricciones causadas por la disponibilidad del autotransformador de FLORES III, aplicando lo dispuesto en la Resolución CREG 024 de 1995, Anexo A y el literal b) del inciso 2º del artículo 3º de la Resolución 099 de 1996, en la que se asigna la competencia para el cobro por restricciones al Administrador del SIC y establece que las restricciones regionales debía pagarlas el negocio de Transmisión de las empresas operadoras de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local.

El cobro de las facturas se hizo en primera instancia a FLORES III, quien mediante comunicación de 12 de febrero de 1999, radicada en ISA bajo el número 005363-3 glosó las facturas correspondientes, glosas que fueron aceptadas por ISA según comunicación 005326 de 26 de febrero de 2000, dirigida a FLORES III y con copia a ELECTRICARIBE a quien se debían cargar las sumas adeudadas.

FLORES III fue ajena a las actuaciones y decisiones relacionadas con el rechazo efectuado por ELECTRICARIBE a las facturas de pago de las restricciones, dado que ISA había decidido la glosa presentada por FLORES III a su favor y procedió a cobrar a ELECTRICARIBE quien rechazó las facturas, situación que no fue aceptada por ISA S.A. Como la medida no afectaba a FLORES III no era necesario comunicarle o notificarle ninguna actuación relacionada con las glosas presentadas por ELECTRICARIBE ante ISA como Administrador del SIC.

La actora alega que ISA tramitó el recurso de reposición interpuesto por ELECTRICARIBE S.A. ESP que considera extemporáneo y carece de presentación personal, pero no tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 28 de la Resolución CREG 024 de 1995 y el Capítulo II, Título VII de la Ley 142 de 1994 que hace referencia a los procedimientos administrativos para actos unilaterales.

El recurso de ELECTRICARIBE no fue extemporáneo porque de acuerdo con el artículo 107 de la Ley 142 de 1994 la comunicación se entiende cumplida al cabo del décimo día siguiente a aquel en el que haya sido puesta al correo, es decir, que a partir del 15 de marzo de 1999, día hábil siguiente a la puesta en correo la comunicación 0064-01 de 12 de marzo de 1999 deben contarse los diez (10) días hábiles, termino que se cumplió el 29 de marzo de 1999. A

partir de esta fecha ELECTRICARIBE contaba con cinco (5) días para presentar recurso de reposición, plazo que vencía el 7 de abril de 1999. No obstante, el recurso fue radicado en ISA bajo el número 008440-3 el 23 de marzo de 1999 dentro del término legal.

En cuanto a la fecha del 8 de marzo de 1999 con la que ELECTRICARIBE fechó su escrito, es irrelevante para contabilizar los términos, toda vez que la fecha que se considera en este caso es la de recibo en ISA y como consta en el número de radicación se presentó el 23 de marzo de 1999 en tiempo oportuno.

En cuanto a la carencia de presentación personal precisa que el artículo 52, numeral 1° del Código Contencioso Administrativo no es aplicable al trámite del recurso de reposición contra las liquidaciones que haga el Administrador del SIC, porque la norma aplicable es el artículo 114 de la Ley 142 de 1994, por expresa remisión de la Resolución CREG-0024, por tanto no existía ninguna causal para que ISA como Administrador del SIC, rechazara el recurso de reposición.

Respecto del procedimiento de Liquidación de Cuentas advierte que es el establecido en el Anexo B de la Resolución CREG 024 y el Administrador del SIC actúa como mandatario, interviniendo en toda sus etapas de facturación, liquidación y cobranza y las liquidaciones pueden ser rechazadas o glosadas por los agentes y si el Administrador las considera improcedentes, el Agente puede interponer el recurso de reposición como sucedió en este caso.

Como lo manifiesta la actora en el numeral 2.10 de los hechos como consecuencia de las restricciones ocasionadas por la indisponibilidad del auto transformador 220/110 KV de propiedad de FLORES III, ISA presentó a esta empresa las facturas de venta SIC 4609 de 1999 por valor de \$578'658.262 y SIC 4775 de 18999 por valor de \$1.471'475.023 que fueron glosadas mediante comunicación de 22 de febrero de 1999, con la cual argumentó las razones por las que no era asignable el pago de la restricción mencionada.

En comunicación 001418 de 11 de febrero de 1999 dirigida al Gerente del Centro Nacional de Despacho (CND) FLORES III presentó de manera extensa los argumentos en los que se basaba para sostener que no se le debían asignar restricciones ocasionadas por la indisponibilidad del auto transformador 220/110 KV, porque no ostentaba la calidad de transportador, ni de operador de red.

ISA en oficio 005326-1 de 26 de febrero de 1999 informó a FLORES III la aceptación de las glosas; copia de esta comunicación se envió a ELECTRICARIBE S.A., porque aceptada la glosa debía procederse a la reliquidación con las correcciones solicitadas por FLORES III, es decir, asignando el pago por la restricción regional a ELECTRICARIBE como Operador de Red.

Lo anterior demuestra que ISA respetó a FLORES III su derecho de defensa y contradicción, porque no solo tuvo oportunidad de glosar las facturas y exponer sus argumentos, sino que estas glosas fueron aceptadas, asignando el pago, una vez reliquidadas, a ELECTRICARIBE.

Como ELECTRICARIBE S.A. rechazó las liquidaciones del SIC, esta situación no fue informada a FLORES III porque ISA, en su calidad de Administrador, no modificó su decisión sino que continuó conforme a lo solicitado por la actora. Además, no existe norma o reglamento que obligue al Administrador SIC a notificar o comunicar actos de carácter particular y concreto a quien no fue parte en el proceso.

La actora no puede pretender que se condene a ISA a reconocer, pagar y restablecer de manera integral y en equidad los derechos de FLORES III que resultaron vulnerados con la Resolución 031 de 1999 porque ISA no recibió de FLORES III suma alguna derivada del pago de las restricciones, dado que esta suma, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y demás reglas establecidas en el Reglamento de Operación, fue repartida entre los agentes del Mercado de Energía Mayorista que resultaron beneficiados.

ISA no puede responsabilizarse del cumplimiento de la Resolución CREG 031 de 1999 ya que este acto fue expedido por la CREG con fundamento en el recurso de apelación interpuesto por ELECTRICARIBE y que revocó la decisión de ISA.

2.2. El apoderado del Ministerio de Minas y Energía respondió que se atenía a lo que resultara probado en el proceso respecto de los hechos de la demanda.

Sostuvo que las disposiciones invocadas carecen del concepto de violación, luego la mera enunciación del precepto normativo sin sustentación alguna no tiene la capacidad jurídica de producir censura de un acto o de una actuación administrativa.

Según la jurisprudencia en el proceso contencioso-administrativo se exige que además de citar las normas que se estiman violadas, se exprese con precisión el concepto de la violación; si la sustentación no aparece en la demanda, la nulidad solicitada no es procedente.

La actora alega violación del derecho de defensa porque no fue citada al procedimiento que culminó con la expedición del acto acusado, pero no tiene en cuenta que su participación no era necesaria en el trámite de la resolución acusada porque no fue parte en el proceso, además de tratarse de un debate por facturación entre ASIC y ELECTRICARIBE S.A. ESP.

En cuanto al momento y oportunidad de interposición de los recursos, debe tenerse en cuenta el artículo 28 de la Resolución 024 de 1995 que dispone que contra las decisiones de liquidación del Administrador del Sistema procede el recurso de reposición que se tramitará

conforme al Capítulo II, Título VII de la Ley 142, cuyo artículo 114 exonera de presentación personal.

No existe revocación directa de la decisión de ISA S.A. de 26 de febrero de 1999 que aceptó las glosas a la primera liquidación a cargo de FLORES III. Basta con leer la parte resolutive de la Resolución 031 de 1999 para constatar que no se revoca ningún acto, solo en su artículo 2º ordena a ASIC realizar la reliquidación correspondiente.

El artículo 36 de la Ley 143 de 1994 atribuye al CNO la facultad de acordar los aspectos técnicos para garantizar las operaciones integradas y que contra sus decisiones procede el recurso de apelación ante la CREG, pero también es cierto que el artículo 23, literal i), ídem, en materia de operación del sistema integrado atribuye a la CREG la facultad de establecer el reglamento y el planteamiento y coordinación de la operación, materia frente a la cual el CNO tan sólo emite conceptos no vinculantes.

En relación con la falsa motivación, afirma que las motivaciones de la resolución acusada no son falsas; por el contrario, se ajustan a la normativa correspondiente y contiene una completa información de los antecedentes a partir del momento en que se ocasionó el daño del transformador, período que comprende la primera liquidación y las glosas presentadas por FLORES III.

Además, la mención a la inexistencia del contrato debe entenderse a la luz del Código de Conexión (Resolución 25 de 1995), cuyo numeral 6º establece el contenido del contrato, del cual puede deducirse con facilidad que se trata de un contrato escrito. No obstante, si se aceptara que no requiere de la formalidad del escrito, sin duda puede sostenerse que las partes no acordaron nada referente a la responsabilidad en el mantenimiento de los equipos, pues dicho aspecto no fue citado en ninguna etapa de la actuación administrativa.

Considera que la normativa aplicable es la Resolución CREG 25 de 1995, cuyo punto 11.4 establece que la responsabilidad por el mantenimiento del equipo dependerá, en primer término, de lo dispuesto y acordado por las partes y que a falta de solución contractual, la responsabilidad estará a cargo del dueño del equipo, en este caso FLORES III ESP, siempre que el transformador haya sido usado dentro de los márgenes definidos por el propietario y éste será responsable de la «*confiabilidad del equipo*», concepto que define como la máxima disponibilidad conforme a los índices que haya establecido el transportador. La idea de responsabilidad por la confiabilidad del equipo es reforzada por el inciso segundo según el cual los repuestos serán suministrados por el propietario, lo que afianza aún más el establecimiento de la responsabilidad por falla del activo en el propietario.

Propuso las excepciones de Falta de Legitimidad, Falta de Jurisdicción e Indebida Acumulación de pretensiones.

Alega que como la actora no fue parte en la actuación administrativa, ni era un tercero directamente interesado, ni la decisión principal afectaba sus intereses no tiene capacidad para demandar, pues la única vinculación del acto administrativo a la empresa fue conminarla a cumplir un deber reglamentario de suscribir un contrato que previera la responsabilidad del mantenimiento de los equipos.

Según el artículo 28 de la Resolución 024 de 1995 antes que acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, la actora debió acudir al arbitramento para solucionar la controversia suscitada por la liquidación de la restricción y, por tanto, el Tribunal es incompetente para conocer de esta demanda.

Existe indebida acumulación de pretensiones porque la resolución acusada no adopta determinaciones respecto de la actora, solo la conmina a celebrar un contrato. Además el pago de la restricción, que debió originar una liquidación, era un trámite distinto y posterior al acto acusado, dentro del cual FLORES III podía interponer los recursos en vía gubernativa y ejercer las acciones legales.

La nulidad de la resolución acusada que concede a ELECTRICARIBE S.A. la apelación y la exonera de pagar la restricción no puede acumularse al pago que hubiere hecho la actora cuya causa directa y eficiente es una actuación administrativa diferente, frente a la cual debió ejercer los recursos correspondientes.

La nulidad del acto presunto por no haberse decidido la solicitud de revocación directa no solo es inoficiosa e inócua, sino que este acto, por expreso mandato legal no existe, pues al tenor del artículo 72 CCA la petición de revocación directa no da lugar a aplicar el silencio administrativo.

2.3. El apoderado de ELECTRICARIBE S.A. ESP se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la demanda formulada por FLORES III adolece de vicios que ameritaban su inadmisión, pues se citó a la Electrificadora como demandada, cuando debió serlo como tercera interesada, según el numeral 3 del artículo 207 CCA; se citaron las normas violadas sin emitir el concepto de su violación, conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 137 ibídem.

Insiste la actora que ELECTRICARIBE S.A. errónea y extemporáneamente interpuso los recursos de reposición y apelación contra el acto administrativo 006412 de 12 de marzo de 1999 proferido por ISA sin incluir en sus recursos la comunicación 005464-1 de 2 de marzo del mismo año.

Las transacciones en el Mercado Mayorista de Energía incluyen la compra y venta de energía eléctrica entre Generadores y Comercializadores de un lado y el acceso y uso de las redes de interconexión para transportar la energía transada, de otro. Los contratos celebrados por las

empresas prestadoras se rigen por el derecho privado conforme a los artículos 8º y 76 de la Ley 143 de 1994. Por tratarse de un Mercado Mayorista, es necesario un mecanismo de liquidación de cuentas que forma parte de lo que se conoce como el Reglamento de Operación, que según el artículo 11 de la Ley 143 está contenido en varios documentos expedidos por la CREG como lo ordena el literal i) del artículo 23, uno de los cuales fija las reglas sobre las relaciones comerciales entre Generadores, Comercializadores y Usuarios no regulados y está contenido en la Resolución 094 de 1995, que en su Anexo B, numeral 2 detalla la forma y las causales de rechazo.

Por lo anterior, ELECTRICARIBE no podía interponer recurso de reposición contra la Comunicación 005464-1 de 2 de marzo de 1999 remitida por ISA porque jurídicamente no estaba frente a un acto administrativo, sino a una decisión de una entidad que en ese momento operaba bajo las reglas del derecho privado. Distinto es lo ocurrido con la Comunicación 006412-1 de 12 de marzo de 1999, porque en ese momento ISA (ASIC) actuaba en ejercicio (transitoriamente) de una función pública que generaba efectos jurídicos a la empresa y podía impugnarse. Por tanto, ELECTRICARIBE no solo interpuso los recursos debidamente sino que lo hizo oportunamente.

Para la actora la falta de presentación personal de los recursos era causal para que ISA los rechazara con fundamento en el artículo 53 CCA. Sin embargo, el procedimiento seguido por ELECTRICARIBE para cuestionar el acto administrativo proferido por ISA fue exactamente el contenido en el artículo 28 de la Resolución 024 de 1995 y a que se refiere al Capítulo II, Título VII de la Ley 142 de 1994 que se ocupa de los Procedimientos Administrativos para Actos Unilaterales. El artículo 114 de esta ley dispone que no es necesaria la presentación personal del interesado para interponer los recursos, luego la actuación se ciñó a esta norma.

La actora alega violación del derecho de defensa, cuando este derecho fue respetado durante el trámite que terminó con la expedición del acto acusado, pues tuvo oportunidad de presentar sus argumentos que fueron debidamente estudiados por la CREG al momento de proferir la Resolución 031 de 1999.

Cuando ISA aceptó la glosa de FLORES III le informó que mantendría la asignación inicial a ELECTRICARIBE mientras se cumplía el procedimiento establecido en la Resolución CREG-025 de 1995 (Código de Redes), es decir, en primera instancia por el CON y que en caso de no existir acuerdo en el CNO o para los casos no considerados en el Código de Redes, deben presentarse a través del CNO para decisión de la CREG.

Mediante comunicación de 12 de marzo de 1999, el CON informó a la CREG que como la mayoría de sus miembros consideró que la asignación de restricciones correspondía al Operador de Red, sin que hubiera acuerdo, solicitaba su concepto. Luego para FLORES III era claro que conforme al procedimiento establecido en las resoluciones 024 y 025, correspondía

a la CREG decidir sobre la asignación de las restricciones, razón por la que en comunicaciones 1418 del 11 de febrero de 1999 presentó sus argumentos al Centro Nacional de Despacho; 1419 a la CREG; 1427 al CNO, y a ISA en comunicación del 22 de febrero, argumentos todos que fueron analizados por la CREG; el hecho de que la actora no comparta las razones de la CREG no significa que se violó su derecho de defensa.

La CREG al expedir la Resolución 031 de 1999 planteó y examinó los argumentos de ELECTRICARIBE, TERMOFLORES y ASIC. Que TERMOFLORES no esté de acuerdo o no comparta las razones de la CREG en nada viola el derecho de defensa, máxime cuando la CREG sí tuvo en cuenta las razones de la actora para estimar que no era responsabilidad suya el accidente ocurrido con el transformador.

FLORES III en su demanda no presenta ningún argumento nuevo o adicional a los tenidos en cuenta por la CREG al expedir la Resolución acusada. Basta una simple comparación de las razones aducidas en los documentos para deducir que no es clara en explicar cuáles son los argumentos que considera no fueron tenidos en cuenta por la Comisión al momento de expedir el acto acusado.

Las decisiones adoptadas por el CNO no son vinculantes ni obligatorias como lo pretende la actora al afirmar que el CNO definió en una oportunidad que las restricciones por transmisión debían ser asumidas por el operador de la red, es decir, por ELECTRICARIBE, olvidando que del Anexo General de la Resolución CREG 025 de 1995 se desprende claramente que el CNO no es una autoridad legalmente habilitada para interpretar, con efectos jurídicos vinculantes, asuntos de regulación como el presente.

Dice la actora que el 15 de septiembre de 1999 solicitó a la CREG la revocación directa de la Resolución 031 de 1999 sin que durante los tres (3) meses siguientes a su presentación la CREG emitiera decisión, configurándose el silencio administrativo negativo de que trata el artículo 40 CCA. Sin embargo, de conformidad con el artículo 72 CCA la petición de revocación directa no da lugar a aplicar el silencio administrativo pretendido.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal decretó la nulidad de los actos acusados para dejar vigentes los actos administrativos contenidos en los oficios 5004-1 y 5005-1 de 24 de febrero de 1999, que registran las notas débito 5408 y 5409 por los cuales se realizó la liquidación a cargo de ELECTRICARIBE S.A. ESP. A título de restablecimiento del derecho condenó a la NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA -COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG) y a ISA S.A. ESP, reconocer y pagar en forma integral a FLORES III LTDA. & CIA. S.C.A. ESP la suma que pagó por concepto de la reliquidación ordenada en la Resolución CREG 31 de 1999, debidamente actualizada, sin que proceda el reconocimiento de intereses comerciales.

2.1. Las excepciones

Frente a la excepción de falta de jurisdicción sostuvo el Tribunal que si bien el artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995 prevé el arbitramento como forma para solucionar las controversias surgidas por las liquidaciones, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de actos administrativos, por cuanto las diferencias surgidas entre las partes sobre el contenido y efecto de estas decisiones no pueden ser objeto de transacción ni de arbitramento por encontrarse comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público.

Respecto de las excepciones de falta de legitimación por activa e indebida acumulación de pretensiones, señaló que la reliquidación ordenada por la CREG en la Resolución 031 de 1999 no se trataba de una simple orden para iniciar un nuevo trámite administrativo, como equivocadamente lo pretende el apoderado de la CREG, sino un acto de ejecución de esta resolución, que según la doctrina es aquel que *«debe realizarse para que se cumpla un acto administrativo en firme»*.

Al quedar en firme la Resolución CREG 31 de 1999 con la cual concluyó la actuación administrativa, podían ejecutarse los actos necesarios para su cumplimiento, de acuerdo con el artículo 64 CCA.

En consecuencia, la actora estaba legitimada en la causa para impugnar la Resolución 031 de 1999, porque en ésta la CREG advirtió a ELECTRICARIBE S.A. ESP y a TERMOFLORES que si dentro de los 15 días hábiles siguientes a su notificación no llegaban a un acuerdo sobre el contrato de conexión de los activos de propiedad de TERMOFLORES respecto de los cuales ELECTRICARIBE S.A. ESP estuviera haciendo uso, mediante resolución fijaría la correspondiente remuneración, de conformidad con la información que tuviere a su disposición; e impartió orden al ASIC para que efectuara la reliquidación que sería de cargo de la actora, pues la CREG al decidir el recurso de apelación interpuesto por ELECTRICARIBE S.A. ESP lo hizo a favor de ésta, aduciendo que no era la persona jurídica obligada al pago de la liquidación por la restricción de energía ocasionada por el daño del autotransformador de propiedad de FLORES III ESP, que tuvo que ser cubierta con la utilización de activos de conexión de propiedad de ISA S.A. ESP.

No puede aducirse indebida acumulación de pretensiones cuando las determinaciones adoptadas en la Resolución CREG 031 de 1999 no pueden escindirse como aspectos independientes, ya que el hecho de conceder la apelación a ELECTRICARIBE S.A. ESP y exonerarla de pagar la restricción son situaciones que están ligadas, porque una vez efectuada la reliquidación FLORES III ESP pagó a ISA la suma de \$2.343'523.046.

Respecto a que la Resolución CREG 31 de 22 de julio de 1999 no es una decisión que ponga fin a la actuación administrativa sino un mero acto de trámite que ordenó reliquidar los

costos de la restricción que debían concluir con un acto definitivo, anota que analizada esta resolución no cabe duda de que contiene un acto principal y definitivo, creador de una situación jurídica particular y concreta, porque la Administración decide un recurso de apelación y exonera de manera definitiva a ELECTRICARIBE S.A. ESP de pagar los costos por la restricción ocasionada con motivo del daño del autotransformador de propiedad de FLORES III ESP y que tuvo que ser cubierta con la utilización de activos de conexión de propiedad de ISA S.A. ESP; además de que dispone que quien debe cubrir estos costos es la actora e imparte al ASIC la orden de efectuar la reliquidación correspondiente a cargo de TERMOFLORES.

2.2. El caso concreto

En cuanto al caso concreto sostiene que de los argumentos de hecho y de derecho presentados por las partes y del acervo probatorio allegado al expediente se desprende que se presentaron dos actuaciones administrativas con distintas circunstancias de tiempo, modo y lugar, donde intervinieron diferentes sujetos procesales.

2.2.1. La primera actuación cumplida tuvo los siguientes antecedentes:

- FLORES III ESP es propietaria de un transformador de corriente a 110 kilovatios y de un autotransformador de 220/110 Kv, los cuales durante 1998 y parte de 1999 fueron utilizados por ELECTRICARIBE S.A. ESP en su condición de operador de la red del área de Barranquilla.

- Entre diciembre de 1998 y enero de 1999 se presentó un daño en el autotransformador de 220/110 kv., que ocasionó generación de energía por restricción en el área de Barranquilla y que dio lugar a la utilización de activos de conexión de propiedad de ISA S.A. ESP.

- En comunicación 1418 de 11 de febrero de 1999, TERMOFLORES informó al CND que tiene la calidad de generador y no de transportador de energía, motivo por el cual no puede asignársele el costo de generación ocasionado por la restricción.

- El CND en comunicación de 19 de febrero de 1999, propone al CNO celebrar una reunión extraordinaria para definir la asignación de la restricción causada por la indisponibilidad del autotransformador 220/110 kv, pues considera que existen serias dudas sobre la asignación de esta restricción.

- Pese a lo anterior, ISA S.A. ESP, como Administrador del Sistema Interconectado Nacional ASIC, en comunicaciones 4332-1 y 4333-1 de 19 de febrero de 1999, presentó a FLORES III ESP las facturas de venta SIC 4809 y 4775 por valor de \$578'658.262 y \$1.474'475.023, respectivamente, con cargo a la asignación de la restricción.

- TERMOFLORES, por oficio de 22 de febrero de 1999 dirigido a ISA, glosó las facturas SIC 4809 y 4775, aduciendo que FLORES III ESP no es ni ejerce la actividad de transportador en el SIC, por lo cual las facturas son improcedentes y carecen de toda validez.

- Mediante oficio 5326-1 de 26 de febrero de 1999, ISA aceptó la glosa presentada a las facturas SIC 4809 y 4775 por TERMOFLORES, y le informó que procedió a la respectiva liquidación, oficio cuya copia fue enviada a ELECTRICARIBE S.A. ESP, ya que aceptada la glosa debía procederse a la reliquidación con las correcciones solicitadas por FLORES III, es decir, asignando el pago por restricción regional a ELECTRICARIBE S.A. ESP como operador de red.

Con este oficio 5326-1 de 26 de febrero de 1999 culminó la primera actuación administrativa que ISA S.A. ESP adelantó contra FLORES III ESP.

2.2.2. La segunda actuación tuvo el siguiente desarrollo fáctico:

- ISA S.A. ESP con Oficios 5004-1 y 5005-1 de 24 de febrero de 1999 y sus correspondientes notas débito, presentó a ELECTRICARIBE S.A. ESP, transportador de energía, la facturación por transacción en la Bolsa de Energía del 1º al 31 de diciembre de 1998 por \$578'382.643 y del 1º al 31 de enero de 1999 por \$1.471'475.023.

- ELECTRICARIBE S.A. ESP a través del oficio EC-MERC-0174 de 26 de febrero de 1999 dirigido a ISA S.A. ESP, rechazó las notas débito 5408 y 5409.

- El 12 de marzo de 1999 ISA S.A. ESP por Oficio 6412-1 hizo saber a ELECTRICARIBE S.A. ESP que no aceptaba el rechazo de las notas débito 5408 y 5409, y que contra esta decisión podía interponer el recurso de reposición conforme al artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995.

- El 23 de marzo de 1999 ELECTRICARIBE S.A. ESP interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación ante la CREG, contra la comunicación 6412-1 de 12 de marzo de 1999.

- El 15 de abril de 1999, ISA ESP al decidir el recurso de reposición interpuesto por ELECTRICARIBE S.A. ESP, confirmó la decisión y concedió el recurso de apelación.

- Por Resolución 031 de 1999 (22 de julio) la CREG decidió favorablemente el recurso de apelación interpuesto por ELECTRICARIBE S.A. ESP, ordenó al ASIC efectuar la reliquidación correspondiente y conminó a ELECTRICARIBE S.A. ESP y a TERMOFLORES para que dentro de los 15 días hábiles siguientes a su notificación lleguen a un acuerdo sobre el contrato de conexión de los activos de propiedad de TERMOFLORES y de los cuales haga uso ELECTRICARIBE S.A. ESP, so pena de que mediante resolución fije la correspondiente remuneración, conforme a la información que solicite o que tenga a su disposición.

- El 15 de septiembre de 1999 FIDEICOMISO FIDUGÁN TERMOELÉCTRICA LAS FLORES, como socio y representante legal de FLORES III LTDA. y de FLORES III LTDA. S.C.A. ESP, solicitó la revocación directa de la Resolución CREG 031 de 1999, precisando que sus efectos perjudican a FLORES III ESP, en cuanto la hace responsable de las restricciones regionales ocasionadas en diciembre de 1998 y enero de 1999 por los daños en el transformador y ordena al ASIC reliquidar la facturación por restricciones.

La solicitud de revocación se apoya en que pese a que los efectos de la Resolución CREG 31 son claros para TERMOFLORES, FLORES III ESP «... *no fue parte del proceso que termina con el acto administrativo contenido en la resolución 31 de 1999, de la cual nos enteramos, por su publicación en el Diario Oficial No 43.699 de 10 de septiembre de 1999*».

Para el Tribunal en la primera actuación fue clara la participación de FLORES III ESP frente al trámite y las decisiones que adoptó ISA S.A. ESP relacionadas con el pago de las restricciones regionales señaladas en las facturas de venta SIC 4775 y 4809, presentadas el 12 y 14 de febrero de 1999, actuación que culminó con la aceptación de las glosas presentadas por FLORES III ESP a estas facturas, pero que en la segunda actuación no ocurrió lo mismo, pues FLORES III ESP no fue vinculada, porque este trámite se surtió exclusivamente entre ISA S.A. ESP y ELECTRICARIBE S.A. ESP por el cobro de las notas débito 5408 y 5409 correspondientes a los meses de diciembre de 1998 y enero de 1999, respectivamente.

Por consiguiente, al no haber sido vinculada FLORES III ESP como parte o como tercero en la segunda actuación se violaron sus derechos de defensa y de contradicción, porque no pudo intervenir como coadyuvante ni como impugnante frente a las decisiones administrativas adoptadas por ISA S.A. ESP contra ELECTRICARIBE S.A. ESP, de cobrarle las notas débito 5408 y 5409, y menos respecto de la determinación final adoptada por la CREG a través de la Resolución 31 de 1999, porque en éste se precisó que en su contra no procedía recurso alguno, razón por la que FLORES III ESP solicitó su revocación directa, frente a la cual no hubo pronunciamiento alguno.

Al no vincularse a FLORES III ESP a la segunda actuación no tuvo oportunidad de pedir pruebas para demostrar sus derechos, ni controvertir las presentadas por ELECTRICARIBE S.A. ESP.

Consideró que la CREG, actuando como segunda instancia de ISA S.A. ESP, no reparó que la relación sustancial respecto de la liquidación o cobro de las notas débito 5408 y 5409 se suscitó entre ISA S.A. ESP y ELECTRICARIBE S.A. ESP, y no entre esta última y TERMOFLORES. Debido a esta confusión ordenó al ASIC la reliquidación correspondiente y conminó a ELECTRICARIBE S.A. ESP y a TERMOFLORES, citadas erradamente como partes, para que en el término de 15 días hábiles llegaran a un arreglo económico respecto de un contrato de conexión que no fue motivo de controversia en la segunda actuación.

En cuanto a la viabilidad de los recursos de reposición y apelación interpuestos por ELECTRICARIBE S.A. ESP contra la comunicación 6412-1 de 12 de marzo de 1999 expedida por ISA S.A. ESP, en la que se precisa que en contra de la liquidación proferida por el ASIC no es viable el rechazo por lo que debe presentarse el recurso de reposición de conformidad con el artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995, anota el Tribunal que tal disposición, en tratándose de recursos contra las liquidaciones que hace el Administrador del SIC, se remite al Título VI de la Ley 142 de 1994, al cual no corresponden los artículos 107 y 113 ídem, pues hacen parte del Capítulo VII, además de que el citado Título VI no trata el tema de los recursos respecto de tales liquidaciones, razón por la cual no puede la demandada pretender que se apliquen a un tema específico unos artículos que corresponden a un capítulo diferente, al cual no hace remisión expresa la Resolución de la CREG.

Al no poderse aplicar en este caso las normas especiales de la Ley 142 de 1994 deben tenerse en cuenta las normas generales, esto es, el artículo 51 del CCA, según el cual de los recursos de reposición y apelación habrá hacerse uso por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los 5 días siguientes a la notificación, desfijación del edicto o publicación, según el caso.

ELECTRICARIBE S.A. ESP debió impugnar los Oficios 5004-1 y 5005-1 de 24 de febrero de 1999, a través de los cuales se llevó a cabo la liquidación ajustándose la facturación o cobro por la transacción en la Bolsa de Energía de los meses de diciembre de 1998 y enero de 1999 y no los Oficios 5464-1 y 6412-1 de 2 y 12 de marzo de 1999, por los cuales ISA S.A. ESP no aceptó el rechazo a las notas débito 5408 y 5409.

Al señalar ISA S.A. ESP que contra las facturas de liquidación procedían los recursos, conforme a la Resolución CREG 24 de 1995, estos son actos administrativos que crean una situación jurídica de carácter particular y concreto respecto de ELECTRICARIBE S.A. ESP, afectada en ese momento con el cobro y al efecto cita jurisprudencia del Consejo de Estado ¹.

La impugnación de 23 de marzo de 1999 de ELECTRICARIBE S.A. ESP es extemporánea porque fue presentada vencidos los cinco días de que trata el artículo 51 CCA, además de que no fue presentada personalmente, desconociendo el contenido del numeral 1º del artículo 52 CCA, por lo que ISA S.A. ESP debió rechazar los recursos interpuestos por no reunir los requisitos legales. No obstante, tramitó el recurso de reposición y concedió el de apelación ante la CREG, quien expidió la Resolución 31 de 1999 vulnerando los derechos al debido proceso, de defensa y contradicción de FLORES III ESP y le causó perjuicios.

¹ Sentencias de 25 de noviembre de 1994 y de 8 de febrero de 2001, Sección Tercera, expedientes 9575 y 12383, M.P., Dr. Carlos Betancur Jaramillo y Alier Hernández Henríquez.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

3.1. Para el apoderado de la NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA- COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG) el Tribunal se equivocó al sostener que la facturación objeto del recurso que se decidió a través de la Resolución CREG 31 de 1999 tiene como fin cobrar valores correspondientes *«a la utilización de los activos de conexión de ISA ESP»*, a partir de lo cual concluye, erradamente, que se trata de un acto de cobro de un servicio prestado en su calidad de empresa prestadora de servicio público.

Como ISA S.A. ESP actuó en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado Mayorista, le corresponde determinar, con sujeción al Reglamento de Operación, el valor resultante de las transacciones que efectúan en el mercado los agentes (generadores y comercializadores). Por tanto, al liquidar y facturar las transacciones actúa como mandatario y administrador de cuentas ajenas, cobra y recauda estos recursos para distribuirlos entre quienes resultan acreedores de la energía que se comercializa en el Mercado Mayorista. Es decir, que ISA factura y cobra a los agentes como lo ha dispuesto la Resolución CREG 24 de 1995 al definir el Sistema de Intercambios Comerciales (SIC) y señalar que éste tendrá un administrador, que será una dependencia del Centro Nacional de Despacho, el cual tendrá a su cargo, de manera general *«... [el] registro de los contratos de energía a largo plazo; la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos o contratos de energía en la bolsa por generadores y comercializadores; [el] mantenimiento de los sistemas de información y programas de computación requeridos; y [el] cumplimiento de las tareas necesarias para el funcionamiento adecuado del Sistema de Intercambios Comerciales (SIC)»*.

El artículo 17 de la Resolución CREG 024 de 1995 dispone que la liquidación, facturación y cobranza de las transacciones comerciales en la Bolsa de Energía se hará conforme a las reglas y procedimientos establecidos en su Anexo B.

La Resolución CREG 24 de 1995 contiene normas que permiten definir la naturaleza de la actividad que realiza el ASIC (artículo 16), y que según la regulación vigente expedida por la CREG, el valor de las restricciones corresponde a la diferencia entre el precio de la energía ofertada en la Bolsa de Energía que se requería para atender la demanda en el Despacho Ideal, y el precio con la que finalmente tuvo que cubrirse la demanda en el Despacho Real, dadas las restricciones en el Sistema, como las ocasionadas en este caso por la falla en el transformador que impidió que la demanda del Sistema Interconectado Nacional se pudiera atender con energía de plantas y/o unidades de generación con precio de oferta inferior o igual al precio de la Bolsa de Energía, razón por la cual el valor de las restricciones tiene como finalidad cubrir el precio de la energía más costosa, que debe ser pagado a los generadores que efectivamente tuvieron que generar esa energía y no por ISA que no es empresa generadora de energía.

La facturación expedida por ISA en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales no puede asimilarse a las facturas emitidas por las empresas de servicios públicos a sus usuarios para aplicarles el mismo régimen de éstas, como erradamente se concluye en la sentencia, porque son facturas sometidas a un régimen especial que desconoció el Tribunal.

Insiste en que el punto central de la demanda y del restablecimiento del derecho es la controversia suscitada alrededor de una «liquidación», que conforme al artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995 debe resolverse por un Tribunal de Arbitramento, luego el *a quo* se equivocó al no declarar probada la excepción de falta de jurisdicción con fundamento en que se trata de actos administrativos no sujetos a arbitramento. Si bien este argumento es válido, no es aplicable al presente caso, porque éste está regulado por un régimen especial como son las Leyes 142 y 143 de 1994 y los actos expedidos dentro de estas actuaciones son de trámite que preceden las liquidaciones.

Si se acepta la tesis del Tribunal respecto de la existencia de dos actuaciones diferentes: una relativa a la facturación de FLORES III ESP, cuya decisión se comunicó a ELECTRICARIBE S.A. ESP, y otra referente a la facturación de ELECTRICARIBE S.A. ESP cuya decisión se comunicó a FLORES III ESP, la actora no tendría legitimación en la causa para demandar la nulidad de esta actuación.

El fallador se equivoca al considerar que de la segunda actuación se derivan actos de ejecución, hecho que llevaría a una tercera actuación consistente en facturar (liquidar) a FLORES III ESP el valor de la generación de energía por restricción, frente a la cual esta empresa no interpuso los recursos respectivos.

El Tribunal declaró probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones con fundamento en que la resolución acusada conmina a las empresas en conflicto a que celebren un acuerdo o, en su defecto, una nueva liquidación con la posibilidad de glosa e interposición de los recursos que, en última instancia, debe resolverse por árbitros.

Alega que bien sea que se acepte que existieron varias actuaciones administrativas, no se violó el debido proceso, porque se cumplieron las previsiones de la Resolución CREG 24 de 1995 y de la Ley 142 de 1994, en especial las referentes a los procedimientos administrativos para actos unilaterales, habiéndose interpuesto en tiempo el recurso de reposición por parte de ELECTRICARIBE S.A. ESP, además el Tribunal no podía declarar la nulidad acto ficto o presunto, ya que conforme al artículo 72 CCA, la petición de revocación directa de un acto no da lugar al silencio administrativo.

No hay lugar a restablecimiento de derecho alguno porque la actora pagó a ISA S.A. ESP, en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, la suma liquidada. En caso de mantenerse la decisión del Tribunal debe precisarse que ISA S.A. ESP es quien debe

devolverla y se declare que la facturación emitida por el ASIC quedó en firme por no haberse recurrido oportunamente y que la liquidación por restricción, según las normas de la CREG, debe estar a cargo del dueño del transformador y no de quien lo utilizaba para la distribución de energía.

3.2. INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. ESP (ISA) considera que la restricción de energía ocasionada por el daño del autotransformador 220/110 kv de propiedad de FLORES III ESP tuvo que ser cubierta con la utilización de activos de conexión de propiedad de ISA S.A. ESP, lo que es cierto, porque si existieran activos de conexión de ISA o de cualquiera otro transportador en la zona, no se hubiese producido la restricción cuyo cobro se debate en este proceso, restricción cuya naturaleza no entendió el *a quo* y explica que los agentes de mercado tienen dos opciones para la compraventa de energía eléctrica: los contratos de largo plazo y la bolsa de energía.

Precisó que la compraventa a través de contratos a largo plazo se realiza directamente entre agentes, sin intermediación de ISA en su calidad de ASIC que se liquidan y afectan las transacciones en la Bolsa de Energía tanto del comprador como del vendedor.

La Resolución CREG 24 de 1995 regula el mecanismo de Bolsa de Energía que opera a partir de ofertas de generación que realizan los agentes generadores habilitados para participar en la Bolsa, con base en los costos variables en que incurren las empresas. A partir de estas ofertas y de la declaración de disponibilidad de generación, el CND (dependencia interna de ISA) realiza la programación de la generación, con base en los criterios establecidos en el Reglamento de Operación, en especial de la Resolución CREG 25 de 1995.

El despacho o la programación de la generación se hace con miras a atender la demanda de energía de todo el Sistema Interconectado Nacional en forma segura, con calidad y con base en los criterios de eficiencia económica contenidos en la Constitución y la ley, para que la generación sea a menor precio y se encuentre disponible en el Sistema. Este precio lo determinan los generadores en su oferta diaria, según el procedimiento definido en el Reglamento de Operación, y por ello las ofertas de energía son organizadas de menor a mayor valor (Despacho Ideal), sin importar las limitaciones de la red de transmisión, ni la ubicación geográfica del generador y garantizando el menor precio posible del mercado.

Asimismo, el CND de ISA, operador de los recursos del Sistema Interconectado Nacional, define diariamente el Despacho Real de energía teniendo en cuenta las ofertas de los generadores y su disponibilidad, demandas que deben atenderse, limitaciones técnicas del sistema interconectado nacional, conocidas como restricciones eléctricas y operativas, y las condiciones operativas especiales esperadas para el día siguiente, como mantenimiento de líneas, plantas de generación y, en general, de los equipos que conforman el Sistema Interconectado Nacional.

Para atender la demanda se recurre a la energía que esté disponible, sin importar el precio ofrecido por los generadores y es allí donde surge la necesidad de programar energía más costosa que la que idealmente se podría utilizar, ya que al no existir posibilidad de llevar energía más barata producida por un generador en otro punto de la red, por la existencia de una restricción, se recurre a una energía más cara localizada en el mismo sitio de la demanda, que ayuda a atender la energía que no podría ser cubierta de otra forma.

La generación por fuera o por restricción necesaria es más costosa para atender la demanda de energía de un área cuando existen limitaciones en el transporte de energía (disponibilidad de redes y/o condiciones de calidad, seguridad y confiabilidad del servicio) que no permiten traerla de sitios donde probablemente es más barata.

La diferencia entre el Despacho Ideal (con condiciones óptimas de transmisión) y el Despacho Real (con limitaciones en la transmisión) constituye la restricción del Sistema, una de cuyas mayores causas en Colombia es la voladura de torres de energía.

Anota que nada tiene que ver la restricción ocasionada por la salida del autotransformador de propiedad de FLORES III ESP con la utilización de unos activos de conexión, y menos de propiedad de ISA S.A. ESP; por el contrario, la falta de activos de conexión que posibiliten el transporte de energía entre el Sistema de Transmisión Nacional y las redes del Operador de Red hizo que la energía más barata que se podría producir en otro lugar de la red no pudiera llegar al área de Barranquilla, zona en la que está ubicado el autotransformador de propiedad de FLORES III ESP, razón por la que se generó una energía más costosa proveniente de las plantas de la actora, costo mayor que se conoce con el nombre de restricciones.

No puede afirmarse que un sobre costo proveniente de la indisponibilidad de un autotransformador de origen a la utilización de activos de conexión de ISA; por el contrario, si hubiesen existido otros activos de conexión en el área de propiedad de ISA o de cualquiera otro transportador éstos hubiesen posibilitado la entrada de la energía más barata producida por otras plantas de generación del país y no hubiese existido restricción alguna y no se pagaría por la indisponibilidad del autotransformador de FLORES III ESP.

ISA S.A. ESP no debió ser demandada porque solo actuó como simple mandatario en su condición de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, en el que tiene la obligación de facturar y recaudar los dineros correspondientes a las transacciones en la Bolsa de Energía, las cuales comprenden, entre otros conceptos, las restricciones, y, por tanto, al no ser autora de los actos acusados no pueden atribuírsele los perjuicios reclamados por la actora, pues en el proceso está demostrado que ISA S.A. ESP dictó en primera instancia una decisión favorable a la actora al asignar a ELECTRICARIBE S.A. ESP el pago de las restricciones.

ISA S.A. ESP como administrador del SIC, no es acreedor del valor de las restricciones, sino que actúa como recaudadora de los agentes, lo que significa que, recogidos los dineros, se reparten entre los agentes titulares, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad determinado en la Resolución CREG 24 de 1995, Anexo B, y demás disposiciones establecidas en el Reglamento de Operación, sin que estos dineros ingresen o aumenten su patrimonio, como dispone el parágrafo 2 del artículo 29 de la Resolución CREG 24 de 1995.

En el caso concreto, las sumas que recibió ISA S.A. ESP de FLORES III ESP por el pago de las restricciones en cumplimiento de la Resolución CREG 31 de 1999, fue repartida entre los agentes del Mercado de Energía Mayorista que resultaron beneficiados con estos dineros con fundamento en el principio de proporcionalidad y demás reglas establecidas al respecto. Implica lo anterior que con la condena impuesta a ISA S.A. ESP se incurre en un pago de lo no debido y se configura enriquecimiento injusto de los agentes del Mercado Mayorista que recibieron los dineros pagados por la actora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

Cuando ISA S.A. ESP rechazó la glosa de ELECTRICARIBE S.A. ESP no requería de la citación de FLORES III, lo hizo con fundamento en lo resuelto hasta ese momento a favor de ésta, por lo que la actuación no se dirigió contra esta empresa, ni la perjudicaba; además, la Resolución 31 de 1999 fue expedida por la CREG.

Debe tenerse en cuenta que conforme a los artículos 32 y 76 de las Leyes 142 y 143 de 1994, los actos de ISA S.A. ESP y las operaciones en bolsa se rigen por el derecho privado como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado². Si se aceptara que son actos administrativos, debe aplicarse la regulación especial contenida en la Ley 142 de 1994 y en el Reglamento de Operación de la CREG, y no habría lugar a aplicar la parte general del CCA en la cual se fundó la sentencia apelada.

Además, no puede desecharse la referencia expresa que hace el regulador sobre el procedimiento aplicable, cuando la CREG al referirse al recurso de reposición en la Resolución 29 de 2001, expresó: *«Únicamente contra la Liquidación contenida en la facturación mensual, expedida por el ASIC, procederá el recurso de reposición ante éste, el cual se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II, Título VII de la Ley 142 de 1994 (...)»*.

En consecuencia, contrario a lo afirmado por el *a quo*, la norma aplicable para determinar la oportunidad de presentación de los recursos que interpongan los agentes contra las liquidaciones que haga el Administrador del SIC no es el artículo 51 CCA, sino los artículos 107 y 113 de la Ley 142 de 1994, lo que significa que ISA tramitó el recurso oportunamente

² Sentencia de 23 de septiembre de 1999, Sala Plena, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, sentencia de 9 de marzo de 2000, Sección Tercera, Consejero Ponente, Dr. Ricardo Hoyos Duque, exp. 16661, y sentencia de 12 de agosto de 1999, Sección tercera, exp. 16446, Consejera Ponente, Dra. María Elena Giraldo Gómez.

presentado por ELECTRICARIBE S.A. E.S.P, y si no exigió presentación personal fue porque tuvo en cuenta que este requisito fue excluido por el artículo 114, ídem.

Si se admitiera que las liquidaciones expedidas por ISA S.A. ESP como Administrador del SIC constituyen actos administrativos, conformarían un acto jurídico complejo con las resoluciones de la CREG y las liquidaciones mensuales expedidas por ISA-ASIC, que deben ser demandados en su integridad, lo que no ocurrió en este caso, pues debieron incluirse en la demanda las notas débito 6461 y 6450 expedidas por ISA contra FLORES III ESP como consecuencia de la decisión tomada por la CREG en la Resolución 31 de 1990, lo cual significa que continúan vigentes por no haber sido afectadas por la decisión del Tribunal.

3.3. El apoderado de ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP señala que esta empresa y FLORES III ESP son agentes del mercado mayorista sometidas al Reglamento de Operación, según el artículo 8° de la Resolución CREG 24 de 1995, que recoge las disposiciones que regulan los aspectos comerciales del mercado mayorista en el Sistema Interconectado Nacional y se funda en el procedimiento especial contenido en las Leyes 142 y 143 de 1994.

La Resolución CREG 24 de 1995 dispone que la dependencia interna de ISA encargada de la liquidación de cuentas, como parte del Reglamento de Operación, es el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, ASIC, que actúa en virtud del mandato otorgado por los agentes del mercado mayorista de energía eléctrica, luego es el encargado de realizar el registro, cobro y recaudo de la energía comercializada en la Bolsa de Energía, y que mensualmente debe realizar las liquidaciones correspondientes, expedir y enviar las facturas pertinentes. Como resultado del contrato de mandato y de las necesidades de rapidez y eficiencia, los agentes reciben del ASIC las facturas y tienen derecho a verificar que estén fundamentadas, cumplan con los requisitos formales que la ley comercial establece y pueden rechazar o glosar las facturas, pidiendo que se corrijan los errores, bien porque contienen tachaduras, enmendaduras, fechas equivocadas u otros y una vez recibido el rechazo o glosa, debiendo el ASIC revisarlos y si encuentra errores debe corregirlos, siempre como mandatario, actuación que se rige por el derecho privado.

Puede ocurrir, como en este caso, que la factura contenga una suma de dinero por un concepto equivocado; en algunos casos hechos errados y en otros dependerá de la interpretación que se de a la regulación vigente, en cuyo caso la objeción de quien recibe la factura tiene como base la lectura de las normas legales, lo mismo ocurre con el ASIC, cuya forma de interpretar las normas puede ser distinta a la de la empresa que glosa la factura.

No es extraño que el ASIC se equivoque en la interpretación de la regulación cuando factura una suma por concepto de *«generación fuera de mérito»*, y que la empresa a la que el ASIC le cobra por ese concepto interprete de manera distinta la normativa aplicable invocada por el ASIC, como ocurrió en el presente caso, donde el ASIC, TERMOFLORES y ELECTRICARIBE S.A. ESP interpretaron de manera diferente si los sobrecostos originados en la

indisponibilidad de tramos de la red en la Costa Atlántica debían asignarse a TERMOFLORES como propietaria del transformador dañado, o a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. como operador de red. Este es un típico caso de «*concepto incorrecto*».

Cuando el ASIC examinó los argumentos de TERMOFLORES aceptó sus razones, modificó el destinatario de la factura y asignó el sobrecosto a ELECTRICARIBE S.A. ESP. Frente a la glosa de esta empresa el ASIC insistió en su interpretación; es en ese momento cuando expide un acto administrativo (comunicación 6412-1 de 12 de marzo de 1999), porque su decisión tuvo origen en su propia interpretación de la normativa aplicable. Aquí no actuó como simple mandatario de los Agentes del mercado, sino que profirió una orden de pago a nombre del Estado como regulador, que generó efectos jurídicos particulares y concretos para ELECTRICARIBE S.A. ESP, que como lo dispone el artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995 corresponde a la vía gubernativa.

No existe razón para que el Tribunal se refiera a la comunicación de ISA de 26 de febrero de 1999 y a la Resolución 31 de la CREG como decisiones que pusieron fin a dos actuaciones administrativas distintas, cuando, como debió reconocerlo TERMOFLORES, la decisión del ASIC de 12 de marzo de 1999, contra la cual ELECTRICARIBE interpuso los recursos de reposición y apelación no puso fin a una actuación administrativa y no quedó en firme hasta que se expidió la Resolución 31, lo que impide afirmar que son dos procedimientos administrativos diferentes (artículos 62, numeral 3, y 63 CCA).

Como la decisión de la CREG puso fin a la vía gubernativa iniciada con la interposición del recurso de reposición contra ella no procedía recurso alguno, máxime cuando TERMOFLORES en la demanda no presentó argumento nuevo o adicional a los analizados por la CREG cuando expidió la Resolución 31 de 1999 y que demuestre que de haberlos tenido en cuenta la decisión hubiera sido distinta, porque si TERMOFLORES no estaba de acuerdo con el pago que debió realizar como consecuencia de la asignación de la restricción debió hacer uso de los recursos previstos para cuestionar la liquidación.

El Tribunal se equivocó al asimilar las facturas que emiten las empresas de servicios públicos a sus usuarios con la facturación emitida por ISA en su calidad de administrador del SIC, con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado. Las primeras son el resultado del ejercicio de una función de naturaleza administrativa, mientras las segundas resultan del ejercicio de un mandato esencialmente privado.

De aceptarse que los recursos procedían contra la comunicación de 2 de marzo de 1999, debe tenerse en cuenta que esta no fue debidamente notificada comoquiera que no indicó los recursos procedentes en su contra (artículo 47 del CCA).

La solicitud de revocación directa de la Resolución CREG 31 de 1999 formulada por TERMOFLORES por medio de la FIDUCIARIA GANADERA S.A. no da lugar a declarar el silencio administrativo conforme al artículo 72 CCA, razón por la cual no había fundamento para que

el *a quo* declarara «...la nulidad del acto administrativo presunto, resultante del silencio administrativo, por medio del cual la CREG resolvió de manera negativa la solicitud de revocatoria directa de la resolución 031 de julio 22 de 1999».

Precisa que al momento de ocurrencia de la restricción la relación existente entre ELECTRICARIBE y TERMOFLORES era meramente comercial, por cuanto no existía un contrato de conexión que regulara su relación, luego la asignación de restricciones debía definirse a la luz del numeral 11.4 de la Resolución 25 de 1995, norma que aplicó la CREG en la Resolución 31 de 1999, que busca asegurar que el propietario del bien responda por el mismo, y garantizar así la continuidad y la eficiencia en la prestación del servicio. No obstante, en este caso TERMOFLORES, además de ser propietaria del activo era generadora de energía hecho que le permitió beneficiarse de la restricción, ya que se requirió de su energía generada a un precio más alto.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. La actora resalta que el fundamento de la sentencia del Tribunal es la violación del debido proceso por no haber sido vinculada a la segunda actuación administrativa que culminó con la Resolución CREG 31 de 1999, que la condenó patrimonialmente, pese a encontrarse en firme la decisión contenida en el oficio 5326-1 de 26 de febrero de 1999, que exoneró a FLORES III ESP del pago de las facturas por ella glosadas.

Anota que tuvo razón el Tribunal al sostener que no puede entenderse que el artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995 se refiera a otro capítulo o título para aplicar las normas en materia de recursos contra las liquidaciones efectuadas por ISA S.A. ESP, máxime cuando la entidad no es considerada o definida en la Ley 142 de 1994 como una de las autoridades facultadas para la «Regulación, Control y Vigilancia del Estado en los Servicios Públicos», por lo cual no hay lugar a aplicar lo dispuesto en sus artículos 107 y 113, sino los artículos 50 y siguientes del CCA. De aceptarse la aplicación de los artículos 107 y 113, no podía prescindirse de la obligación de vincular a la actora a la segunda actuación, para garantizarle sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

El hecho de que en la Resolución CREG 31 de 1999 se incluyeran las razones expuestas por la actora ante ISA para glosar las facturas SIC 4809 y 4775 no desvirtúa que a FLORES III ESP no se le permitió participar como coadyuvante de las decisiones adoptadas por ISA en contra de ELECTRICARIBE S.A. ESP o como impugnante del recurso de apelación interpuesto ante la CREG, o de la decisión finalmente adoptada por la CREG en la Resolución acusada.

No es cierto lo afirmado por ELECTRICARIBE de que la actora pudo ejercer los recursos en la vía gubernativa contra los actos administrativos proferidos por ISA en cumplimiento de la Resolución 31 de 1999, porque estos actos son de ejecución y conforme al artículo 49 CCA, contra ellos no procede recurso alguno.

Como ELECTRICARIBE no interpuso los recursos de la vía gubernativa contra las notas débito 5408 y 5409, actos liquidatorios de ISA S.A. ESP, se encuentran en firme y con plena fuerza ejecutoria al tenor de los artículos 62 y 64 CCA.

Como la CREG no resolvió la solicitud de revocación directa de la Resolución 31 de 1999 se produjo el silencio administrativo de carácter sustancial, constitutivo del acto administrativo presunto negativo, que debía ser demandado para efectos de constituir la proposición jurídica completa, y declararse nulo. De concluirse que el acto presunto no surgió, de todas maneras tendría que mantenerse la declaración de nulidad de la Resolución CREG 31 de 1999, que obliga al resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

4.2. El apoderado de Interconexión Eléctrica S.A. ESP reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Primera ante el Consejo de Estado (E) considera que la Resolución CREG 31 de 1999 es un acto de trámite contra el cual no procede recurso alguno en la vía gubernativa, pues se limita a atender el requerimiento hecho por ELECTRICARIBE S.A. ESP de que no está llamada a asumir la responsabilidad ni los costos de la restricción endilgada por ISA y que al no existir contrato de interconexión, el valor de los costos deberán asumirlos de común acuerdo con TERMOFLORES; de no hacerlo, será la CREG quien de conformidad con la información disponible lo hará.

No existe el acto ficto o presunto porque la Resolución CREG 31 de 1999 es un acto de trámite que no era pasible de recurso alguno y menos de solicitud de revocación directa, además de que por expresa disposición del artículo 72 CCA, la petición de revocación directa de un acto no da lugar a la aplicación del silencio administrativo.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto acusado es del siguiente tenor:

**«RESOLUCIÓN NUMERO 031 1999
(22 JULIO 1999)**

Por la cual se resuelve un recurso de apelación presentado por la Empresa ELECTRICARIBE S.A. ESP.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

[...]

Que de acuerdo con lo anterior, la Comisión de Regulación de Energía y Gas

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º: Conceder el recurso de apelación presentado por la empresa ELECTRICARIBE S.A. ESP contra la liquidación de ASIC que se determina en los considerandos de la presente Resolución.

ARTÍCULO 2º: Ordenar al ASIC la reliquidación correspondiente.

ARTÍCULO 3º: Las empresas ELECTRICARIBE y TERMOFLORES deberán llegar a un acuerdo sobre el contrato de conexión por los activos de propiedad de TERMOFLORES de los cuales hace uso la empresa ELECTRICARIBE S.A. dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación de la presente Resolución. En caso de no llegar a ningún acuerdo, la CREG mediante Resolución recogerá la libertad dada a los agentes para llegar a un acuerdo, y fijará la correspondiente remuneración, de acuerdo con la información que solicite o la que tenga a su disposición.

La presente resolución rige a partir de su notificación. Contra el presente acto no cabe recurso alguno de vía gubernativa.»

Pretende la actora que se declare la nulidad de la Resolución 31 del 22 de julio de 1999 expedida por la CREG y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y/o INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. ESP - ISA a reconocerle y pagarle la suma de \$2.343'523.046.00 debidamente actualizada junto con los intereses comerciales y al pago de los daños y perjuicios causados.

El punto central de la controversia radica en establecer si la CREG, al expedir la resolución acusada, vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa de la actora en cuanto omitió notificarle la actuación administrativa adelantada con ocasión del recurso de reposición interpuesto por ELECTRICARIBE a causa del daño del autotransformador 220/110 KV de TERMOFLORES, utilizado como conexión al STN; señala la accionante que la Administración no le brindó la oportunidad de exponer sus argumentos, presentar pruebas y controvertir las aportadas por la parte contraria, siendo tercera directamente afectada con la decisión y afirma que se enteró de la misma por la publicación que se hiciera en el Diario Oficial 43.699 el 10 de septiembre de 1999.

Este fue el cargo que halló probado el a quo.

En primer lugar, debe referirse la Sala a la excepción de falta de jurisdicción planteada por una de las partes recurrentes fundamentada en lo previsto en el artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995 cuyo parágrafo 2º dispone que las controversias a las que den lugar las liquidaciones y que no puedan resolverse con ocasión de los recursos, se resolverán por medio de tres (3) árbitros.

Sobre este punto reitera la Sala lo expuesto en anteriores pronunciamientos en el sentido de que el arbitramento debe ser pactado voluntariamente por las partes y no impuesto por la norma, lo cual adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que en este caso las partes

nunca suscribieron un Contrato de Conexión que hubiera podido establecer en forma clara la manera alternativa de solucionar sus controversias.³

Así lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sección:

“De lo anterior, se colige que no por existir una disposición expresa de un reglamento en el que se advierta la posibilidad de solucionar diferencias a través del mentado mecanismo alternativo, deban las partes perentoriamente someterse a él, sino que, se reitera, que es de su esencia que preceda un acuerdo de voluntades, y por ende, sólo si ello sucede puede surtir plenos efectos”.

No procede entonces el argumento de falta de jurisdicción esgrimido tanto en la contestación de la demanda como en el recurso interpuesto contra el fallo del a quo.

- El acto demandado fue expedido por la CREG con base en las facultades que le otorgan las Leyes 142 y 143 de 1994 y los Decretos 1524 y 2253 de 1994. En los términos del artículo 69 de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, CREG, es una Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Minas y Energía que, como tal, integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, en el sector descentralizado por servicios, en los términos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Dentro de sus funciones, el artículo 73 de la citada ley le asigna la de resolver los recursos que se interpongan contra sus actos o los de otras entidades en lo que se refiere a materias de su competencia. Dentro de las funciones específicas que la ley ha asignado a la CREG se encuentra la de establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible.

El artículo 172 ibídem crea el Consejo Nacional de Operación cuya función principal será la de acordar los aspectos técnicos para garantizar que la operación conjunta del sistema interconectado nacional, sea segura, confiable y económica y ser el órgano ejecutor del reglamento de operación con sujeción a los principios generales de esta ley: Sus decisiones son apelables ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible -CREG-.

En desarrollo de las facultades que le confirió la ley, la CREG expidió la Resolución 24 de 1995 por la cual se reglamentan los aspectos comerciales del mercado mayorista de energía en el Sistema Interconectado Nacional, que hacen parte del Reglamento de Operación. En esta resolución se define, entre otros, lo que se entiende por Sistema de Intercambios Comerciales SIC, como el conjunto de reglas y procedimientos establecidos en el Reglamento de Operación que permiten definir las obligaciones y acreencias de generadores, comercializadores y los transportadores por concepto de los actos o contratos de energía en

³ Consejo de Estado. Sección Primera. M.P. Dr. Rafael O. de Lafont. 30 de agosto de 2007. Expediente 00204-01.

la bolsa conforme al despacho central. El SIC incluye, entre otros, el proceso de liquidación del valor de los intercambios.

El citado artículo 28 de la Resolución 24 de 1995 consagra los procedimientos para la solución de controversias, en los siguientes términos:

“Resolución 024 de 1995.

Artículo 28. Procedimientos para solución de conflictos. Contra las liquidaciones que haga el administrador del SIC procederá el recurso de reposición que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II del Título VI de la Ley 142 de 1994. Contra la decisión del Administrador del SIC procederá el recurso de apelación ante la CREG. (...).”

En virtud de esta competencia, la CREG produjo la Resolución 031 de 1999 que constituye el objeto de ataque en el presente proceso por presunta vulneración del derecho al debido proceso al desconocerse el derecho de defensa de la demandante al no habersele permitido intervenir en la etapa de los recursos de reposición y apelación propuestos por la empresa ELECTRICARIBE contra la liquidación hecha por la ASIC (Administradora del Sistema de Interconexión Eléctrica).

De las pruebas que obran en el expediente, la Sala colige lo siguiente:

- FLORES III ESP es propietaria de un transformador de corriente a 110 kilovatios y de un autotransformador de 220/110 kV, los cuales fueron utilizados por ELECTRICARIBE S.A. ESP en su condición de operador de la red del área de Barranquilla, durante los años 1998 y parte de 1999.
- Entre diciembre de 1998 y enero de 1999 se presentó un daño en el autotransformador de 220/110 kv., que ocasionó generación de energía por restricción en el área de Barranquilla que dio lugar a la utilización de activos de conexión de propiedad de ISA S.A. ESP.
- Por Oficio 1418 de 11 de febrero de 1999 TERMOFLORES informó al CND, que la empresa es generadora de energía más no transportadora, por lo cual no se le podía asignar el costo de generación ocasionado por la restricción.
- El 19 de febrero de 1999 el Centro Nacional de Despacho propuso al Consejo Nacional de Operación celebrar una reunión extraordinaria para definir la asignación de la restricción causada por la indisponibilidad del autotransformador 220/110 kv, por considerar que existían serias dudas al respecto.
- En comunicaciones 4332-1 y 4333-1 de 19 de febrero de 1999, ISA S.A. ESP, como Administrador del Sistema Interconectado Nacional (ASIC), presentó a FLORES III ESP las facturas de venta SIC 4809 y 4775 por valores de \$578'658.262 y \$1.474'475.023, respectivamente, con cargo a la asignación de la restricción.

- El 22 de febrero de 1999 TERMOFLORES se dirigió a ISA S.A. para glosar las facturas SIC 4809 y 4775, alegando que FLORES III ESP no ejerce la actividad de transportador en el SIC y, por tanto, las facturas son improcedentes y carecen de validez.
- Por oficio 5326-1 de 26 de febrero de 1999, ISA manifestó a TERMOFLORES que aceptaba la glosa formulada a las facturas y le informó que procedió a su liquidación. Como consecuencia de lo anterior, se envió copia de este Oficio a ELECTRICARIBE S.A. ESP asignándole el pago por restricción como operador de red.
- El 24 de febrero de 1999, con Oficios 5004-1 y 5005-1, ISA S.A. ESP presentó a ELECTRICARIBE S.A. ESP, transportador de energía, la facturación por transacción en la Bolsa de Energía del 1º al 31 de enero de 1999 por valor de \$1.471'475.023 y del 1º al 31 de diciembre de 1998 por \$578'382.643, con sus correspondientes notas débito.
- ELECTRICARIBE S.A. ESP con Oficio EC-MERC-0174 de 26 de febrero de 1999 informó a ISA S.A. ESP que rechazaba las notas débito 5408 y 5409.
- Reunión realizada el 4 de Marzo de 1999, con asistencia de TERMOFLORES y ELECTRICARIBE, entre otros, en la sede del CON en la cual se analizaron los argumentos de ambas partes.
- Con Oficio 6412-1 de 12 de marzo de 1999, ISA S.A. ESP le notificó a ELECTRICARIBE S.A. ESP que no aceptaba el rechazo de las notas débito 5408 y 5409, y que contra esta decisión procedía el recurso de reposición de acuerdo con el artículo 28 de la Resolución CREG 24 de 1995.
- El 23 de marzo de 1999 ELECTRICARIBE S.A. ESP interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, contra la comunicación 6412-1 de 12 de marzo de 1999.
- Por Resolución de 15 de abril de 1999, ISA decidió el recurso de reposición interpuesto por ELECTRICARIBE S.A. ESP, confirmando la decisión y le concedió el recurso de apelación ante la CREG.
- Reunión realizada el 22 de julio de 1999 (Acta 109) en la sede de la CREG en la cual, entre otras, se estudió la solicitud de TERMOFLORES de reliquidación del cargo del STN.
- Por Resolución 31 de 22 de julio de 1999 la CREG decidió el recurso de apelación a favor de ELECTRICARIBE S.A. ESP.
- El 15 de septiembre de 1999, el FIDEICOMISO FIDUGÁN TERMOELÉCTRICA LAS FLORES, como socio y representante legal de FLORES III LTDA., socio gestor y representante legal de FLORES III LTDA. S.C.A. ESP, solicitó la revocatoria directa de la Resolución CREG 31 de 1999, alegando que sus efectos perjudican a FLORES III ESP, por cuanto la hace responsable de unas restricciones regionales ocasionadas en diciembre de 1998 y enero de 1999 a

consecuencia del daño del transformador y ordena al ASIC la reliquidación de la facturación por dichas restricciones.

Para el *a quo* configuraron dos actuaciones administrativas distintas: una primera en la cual intervino Flores III y que culminó con la aceptación de las glosas presentadas por esta compañía a las facturas emitidas por la ASIC y, una segunda actuación en la cual no se vinculó para nada a FLORES III la cual se surtió exclusivamente con ELECTRICARIBE. De aquí deduce el a quo que en esta segunda etapa se configuró vulneración del derecho al debido proceso a la parte demandante.

Para esta Sala, se trató de una sola actuación que inició con las facturas emitidas a cargo de FLORES III por las restricciones ocasionadas por la indisponibilidad del transformador 220/110 Kv. de su propiedad, las cuales fueron glosadas por ésta, alegando que no ostentaba la calidad de transportador, ni de operador de red lo que hizo que se facturara entonces dicha restricción a cargo de ELECTRICARIBE y que, como consecuencia de los recursos de reposición y apelación interpuestos por esta última ante la negativa de las glosas presentadas por ella, se produjera la expedición de la Resolución 31 de 1999 por parte de la CREG, entidad competente para decidir en forma definitiva la controversia.

CARGO DE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO:

1. Conocimiento y actuación de la demandante dentro del procedimiento administrativo.

1.1. Demuestran los hechos que, como ya se dijo, se trata de una sola actuación en la cual la actora intervino como pasa a demostrarse:

Sea lo primero advertir que TERMOFLORES S.A. E.S.P. es sucesora procesal de FLORES III, según lo afirma el auto proferido por este Despacho que obra a folio 8 de este cuaderno. En efecto, el patrimonio autónomo denominado "Fideicomiso Fidugan Termoeléctrica Las Flores" es socio y representante legal de "Flores III Ltda" quien a la vez es socio gestor, representante legal de FLORES III Ltda. S.C.A. - E.S.P. -.

Obra comunicación 001418 de 11 de febrero de 1999 dirigida al Centro Nacional de Despacho -CND- por TERMOFLORES, frente al concepto CREG-0138 de 5 de febrero del mismo año, la cual fue tenida en cuenta al resolverse el recurso de apelación por parte de la CREG la cual recogió los argumentos de la demandante así:

"Resolución 031 de 1999.

(...)

«ARGUMENTOS DE TERMOFLORES:

- *Que teniendo en cuenta el concepto de la CREG, la Resolución CREG-099 de 1996 y la Resolución CREG. 070 de 1998, no hay duda de que se debe precisar quién es*

el transportador para poder establecer la responsabilidad. Que de acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta el objeto social de la empresa TERMOFLORES, se aclara que la empresa no es responsable por cuanto su objeto social es el de Generador y no el de Transportador.

- Que dado que la administración, operación y mantenimiento de los activos es responsabilidad del OR que los utiliza, es el transportador quien debe responder por la indisponibilidad del autotransformador. Que si bien TERMOFLORES es la propietaria de los equipos, la administración no está a cargo de esta empresa, sino del OR que lo utiliza, hecho este que se confirma con la remuneración que está sirviendo el OR por sus labores administrativas.
- Que teniendo en cuenta la Resolución CREG-070 de 1998 TERMOFLORES resolvió mantener la propiedad de la Red de Uso General dentro del STR y por lo anterior, ser remunerado por el OR que la utilice.
- Que TERMOFLORES informó al CRD la utilización una vez detectó el problema que originó la restricción.
- Que TERMOFLORES ha estado adelantando gestiones que permitan darle soluciones al problema que originó el daño.
- Que mediante comunicación a ISA se aclaró que FLORES II no es agente transportador.
- Que por lo anterior TERMOFLORES no tiene por qué asumir la responsabilidad de la indisponibilidad del autotransformador. (folios 84 a 89).

1.1.1. Igualmente, a través de la comunicación radicada en ISA bajo el número 004166-3 de 12 de febrero de 1999, la demandante, luego de comentar el concepto CREG-0138 de 5 de febrero de 1999, solicita:

"(...) se proceda a la aplicación de la reglamentación existente en virtud de la cual Termoflores no tiene porque asumir los costos causados por la restricción motivo de la presente, por lo cual le solicitamos dar alcance ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - SIC - de esta comunicación, con el objeto que no se produzcan refacturas por este concepto hasta que la asignación de la restricción se encuentre claramente definida por los organismos competentes" (Folios 48 a 51)

De la aseveración anterior se deduce claramente que la actora tenía pleno conocimiento tanto del conflicto como del procedimiento a seguir que estaba pendiente de una solución definitiva por parte del organismo competente regulado por el régimen especial de energía eléctrica⁴, que en este caso es la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG. La actora tenía conocimiento de que la asignación de la restricción no se encontraba "claramente definida", definición que corresponde al organismo competente.

1.1.2. La actora glosó la facturación presentada por ISA el 22 de febrero de 1999, como consta a folio 107 del cuaderno principal, hecho que fue aceptado por ASIC en los siguientes términos:

⁴ Resolución 024. ARTÍCULO 28. Contra las liquidaciones que haga el Administrador del SIC procederá el recurso de reposición, que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II del título VI de la ley 142 de 1994. Contra la decisión del Administrador del SIC procederá el recurso de apelación, ante la CREG.

"(...) hemos aceptado la glosa presentada por ustedes a las facturas SIC 4809 y 4775 expedidas en el mes de febrero de 1999 por el Administrador del SIC.

Por tal motivo, se ha procedido a la respectiva liquidación, considerando la asignación de restricciones hecha por el Centro Nacional de Despacho - CND -, hasta tanto se agote el procedimiento estipulado en el Anexo General de la Resolución CREG 025 de 1995 (carta anexa) con el fin de aclarar la interpretación para la asignación de las restricciones.

(...)". Subraya y negrilla fuera del texto original

Del citado Anexo General de la Resolución 025 de 1995 es importante destacar que tal normativa anuncia claramente cuáles son los entes encargados de efectuar las aclaraciones e interpretaciones correspondientes al procedimiento indicado en la misma y el organismo que toma la decisión final sobre los conflictos que pueden darse entre los agentes del Mercado Mayorista.

Es así como en el código que hace parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional, en el ítem denominado "interpretación" señala:

"En caso de presentarse dudas en cuanto a la interpretación y aplicación del Código de Redes, después de agotar el diálogo entre las empresas, es en primera instancia el Consejo Nacional de Operación (CNO) el encargado de efectuar las aclaraciones e interpretaciones correspondientes buscando cumplir ante todo los principios básicos de las Leyes y las Resoluciones de la CREG. En caso de no existir acuerdo en el CNO sobre la interpretación o aplicación del código, es la CREG quien finalmente dirime la controversia. Para este efecto, las dudas son comunicadas por las empresas a la mayor brevedad posible y el CNO debe reunirse en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles a partir de la comunicación."
(El subrayado es ajeno al texto)

1.1.3. Otro hecho que muestra claramente que la actora participó e intervino durante la actuación administrativa fue su asistencia a la reunión extraordinaria que solicitó ISA al Consejo Nacional de Operaciones - CNO-, la cual se desarrolló el 4 de marzo de 1999 para efectos de establecer quién era el responsable del pago del costo de la restricción, que según consta en acta No. 90 (folio 72, 73 y 74 del anexo), donde se definió que era el Operador de Red.

No obstante, según la citada acta se aprueba enviar una carta a la CREG solicitándole que aclare quién es el Operador de Red en este caso y Codensa, al respecto, pide dejar constancia *"... que la decisión no es unánime y que ellos consideran que la restricción la debe pagar quien esté a cargo de la operación y mantenimiento de los activos respectivos"*. Adicionalmente, C.N.O solicita a las partes (TERMOFLORES y ELECTRICARIBE) conciliar y llegar a algún acuerdo.

En efecto, a esta reunión asistieron, entre otros, la actora y ELECTRICARIBE y en ella se emitió el siguiente concepto sobre las restricciones en el caso de "TERMOFLORES":

*"(...) tanto Termoflores como Electricaribe presentaron sus argumentos. El C N O acordó que el responsable de pagar la restricción es el operador de red. Sin embargo el C N O solicitó a las dos partes tratar de conciliar y llegar a algún acuerdo. Se aprueba llevar una carta a la CREG informándole la decisión y pidiéndole que aclare quien es el operador de red en este caso.
(...)"*

1.1.4. La demandante confirmó que el 12 de marzo de 1999 recibió, vía fax, copia de la comunicación enviada por el Consejo Nacional de Operación al Doctor José Camilo Manzur de la CREG con fecha 12 de Marzo de 1999, "solicitando aclaración sobre OR de Barranquilla" (Ver comunicación de 18 de mayo de 2001 suscrita por el Gerente de Planta de Termoelectrica Las Flores, que consta a folio 78 Anexo).

1.1.5. En el acta 090, que obra a folio 107, correspondiente a la reunión de la CREG llevada a cabo el 12 de julio de 1999 en su sede, se trató en el punto 6 del orden del día lo relativo a la solicitud de TERMOFLORES para la reliquidación de cargos del STN y se dejó la siguiente constancia:

"6. Solicitud de TERMOFLORES para la reliquidación de cargos del STN.

El Comité de Expertos sometió a consideración de la Comisión el Documento CREG - 049 de julio de 1999, mediante el cual analiza la solicitud de la empresa FLORES III LTDA y CIA S.C.A. para declarar impedida la facturación de los Cargos por Uso del STN correspondiente a los meses de enero y febrero de 1998 y por tanto ordenar a ISA, cancelar o anular dichas facturas.

Luego de analizada la propuesta, la Comisión aprobó por unanimidad no revocar la liquidación del Liquidador y Administrador de Cuentas del STN solicitada por la Empresa FLORES III LTDA. y CIA S.C.A. y acordó expedir la Resolución que hace parte integrante de esta acta."

Esto demuestra que FLORES III sí tenía conocimiento del trámite de los recursos y cuya definición final estaba en manos de la CREG, ante la cual presentó la solicitud. Luego, mal puede afirmar que fue ajena a esta etapa y que no pudo intervenir en ejercicio de su derecho de defensa.

Para mayor ilustración a continuación se relacionan las actuaciones, documentos y fechas más importantes producidas durante el trámite administrativo que culminó con el acto demandado:

Tabla de Comunicaciones Importantes					
Fecha	Hora	Comunicación	Remitente	Destinatario	Concepto
13 de Julio de 1995		Res. 024	CREG	TODOS	Reglamento de Operación. Folios 191a 245. Cuaderno Principal
19 de Noviembre de 1996		Res. 099	CREG		Modifica Resolución CREG 024 de 13 de julio de 1995. Folios 2 a 5 Anexo
8 de Enero de 1999	08:42:00 a.m.	000394-1	ISA	CREG	Consulta asignación restricciones. Folios 41 y 42 Anexo
8 de Febrero de 1999	10:10:00 a.m.	003537-3	CREG	ISA	Concepto asignación restricciones. Folios 43 y 44 Anexo
10 de Febrero de 1999	03:36:00 p.m.	00336-1	ISA	TERMOFLORES	Restricciones caso TERMOFLORES. Folios 72, 73 y 74 Anexo
11 de Febrero de 1999		1418	TERMOFLORES	C.N.D	Comunicación que pone de presente el concepto de la CREG sobre el costo de generación fuera de mérito (240 horas). Folios 108 a 111 Cuaderno Principal
11 de Febrero de 1999		1419	TERMOFLORES	CREG	Comentarios sobre el concepto CREG - 0138. Folios 451 y 452 Cuaderno Principal
12 de Febrero de 1999	07:41:00 p.m.	003762-1	ISA	CREG	Solicitud TERMOFLORES de no refacturar la restricción e ISA propone Reunión. Folios 52 Anexo
12 de Febrero de 1999	08:22:00 a.m.	004166-3	TERMOFLORES	ISA	Solicitud TERMOFLORES de no refacturar la restricción. Folios 48, 49, 50 y 51 Anexo
19 de Febrero de 1999	01:16:00 p.m.	004371-1	ISA	C.N.O	Solicitud reunión extraordinaria del C.N.O sobre Anexo Res. 025 de 1995. F 38, 39 y 40 Anexo
19 de Febrero de 1999	08:05:00 a.m.	4333-1	ISA	TERMOFLORES	Factura por restricciones de la bolsa de energía. Folios 103 a 106 Cuaderno Principal
22 de Febrero de 1999			TERMOFLORES	ISA	Glosas facturas 4809 y 4775 de ISA. Folios 107 Cuaderno Principal
24 de Febrero de 1999	06:22:00 p.m.	5004-1	ISA	ELECTRICARIBE	Factura por restricciones de la bolsa de energía. Folios 248 a 251 Cuaderno Principal
26 de Febrero de 1999	07:05:00 p.m.	005326-1	ISA	TERMOFLORES	Aceptación glosa a facturas SIC 4809 y 4775. Folio 37 Anexo
1 de Marzo de 1999	08:09:00 a.m.	005931-3	ELECTRICARIBE	ISA	Rechazo nota débito por falta de soportes y extemporaneidad. Folios 17 y 18. Anexo
2 de Marzo de 1999	08:15:00 a.m.	005464-1	ISA	ELECTRICARIBE	Improcedencia del rechazo de las notas de ajuste y envío copia aceptación glosa de TERMOFLORES. Folio 19 Anexo

4 de Marzo de 1999	09:30:00 a.m.	Acta 90	C.N.O	ELECTRICARIBE, ISA, TERMOFLORES y otros participantes	Restricciones caso Termoflores. Folios 72, 73 y 74 Anexo
11 de Marzo de 1999	01:43:00 p.m.	007458-3	ELECTRICARIBE	ISA	Rechazo notas de ajuste. Folios 22 y 23 Anexo
12 de Marzo de 1999	09:08:00 a.m.	006412-1	ISA	ELECTRICARIBE	No aceptación rechazo notas de ajuste. Folios 24 y 25 Anexo
12 de Marzo de 1999		6718	C.N.O	CREG	Información sobre reunión extraordinaria No. 90 del 4 de marzo de 1999. Folio 79 Anexo
12 de Marzo de 1999			C.N.O	CREG. Copia para: Termoflores, Electricaribe, CND y SIC	Solicitud a CREG de aclaración respecto a quién es el OR. Folio 371 Cuaderno Principal
23 de Marzo de 1999	09:40:00 a.m.	8440-3	ELECTRICARIBE	ISA	Recurso de reposición subsidio apelación. Folios 26 a 29 Anexo
15 de Abril de 1999		Res. Resuelve Rec. de Reposición	ISA	ELECTRICARIBE	Resuelve recurso de reposición radicado con el núm. 008440-3 de 23-03-99. Folios 30 a 36 Anexo
22 de Julio de 1999	08:00:00 a.m.	Acta 109	CREG		Solicitud Termoflores reliquidación de cargos del STN
22 de Julio de 1999		Res. 031	CREG	TERMOFLORES y ELECTRICARIBE	Resuelve Recurso de Apelación. Folios 84 a 89 Cuaderno Principal
15 de Septiembre de 1999			FIDUGÁN	CREG	Solicitud de Revocatoria Directa. Folios 90 y 91 Cuaderno Principal
18 de Mayo de 2001		162374	TERMOFLORES	C.N.O	Confirma recibo del fax el día 12 de marzo de 1999. Solicitando aclaración sobre el OR. (Comunicación CREG 12 de marzo de 199). Folio 78 Anexo
18 de Mayo de 2001	11:22:00 a.m.	011982-1	ISA	C.N.O	Confirma recibo del fax el día 12 de marzo de 1999. Solicitando aclaración sobre el OR de Barranquilla. (Comunicación CREG 12 de marzo de 199). Folio 77 Anexo

Así las cosas, a juicio de esta Sala, a FLORES III Ltda., sucesora de TERMOFLORES no se le ha vulnerado el debido proceso en estas actuaciones, pues los hechos antes descritos evidencian que con ocasión del conflicto de intereses surgido entre TERMOFLORES y ELECTRICARIBE con ocasión del daño sufrido por el autotransformador 220/110 KV de TERMOFLORES, sólo existió un trámite administrativo que culminó con el acto demandado. Dicho trámite se inició con las facturas y las glosas a las mismas efectuadas por la demandante y la aceptación a su favor por parte de ISA, hasta llegar a las decisiones adoptadas por las autoridades del mercado mayorista de energía eléctrica mediante los actos acusados, en los que se aprecia que las decisiones allí tomadas tuvieron en cuenta los argumentos expuestos por las partes a lo largo de este trámite, los cuales debieron ser los mismos, puesto que no se produjo un hecho nuevo que los hubiera modificado.

Estos argumentos fueron tenidos en cuenta al producirse el acto que definió lo relativo a la restricción, garantizándose así el debido proceso y el derecho de defensa de las partes involucradas.

2. Oportunidad de los recursos que agotan la vía gubernativa

Alega también la actora que los recursos interpuestos por ELECTRICARIBE S.A ESP contra la Comunicación 6412-1 de 12 de marzo de 1999, que dieron lugar a la expedición de la Resolución 031 de 1999 fueron extemporáneos y no reunían el requisito de presentación personal.

Observa la Sala que la Comunicación 6412-1 de 12 de marzo de 1999, que obra en el expediente a folios 24 y 25 Anexo, fue enviada por correo en la misma fecha y los recursos se interpusieron el 23 de marzo siguiente, es decir dentro del término legal, según el postulado del artículo 107 de la Ley 142 de 1994 norma especial aplicable de modo preferente que dispone que la citación o comunicación se entenderá cumplida al cabo del décimo día siguiente a aquel en que haya sido puesta al correo, si ese fue el medio escogido para hacerla y si el citado tuviere domicilio en el país⁵. Además, debe

⁵ ARTÍCULO 107. CITACIONES Y COMUNICACIONES. La citación o comunicación se entenderá cumplida al cabo del décimo día siguiente a aquel en que haya sido puesta al correo, si ese fue el medio escogido para hacerla, y si el citado tuviere domicilio en el país; si lo tuviere en el exterior, se entenderá cumplida al cabo del vigésimo día. Las publicaciones se entenderán surtidas al cabo

tenerse en cuenta que el término vencía el 24 de marzo de 1999, toda vez que ELECTRICARIBE contaba con 5 días para interponer el recurso de reposición y en subsidio el de apelación⁶.

No se superó entonces el término establecido en la Ley 142 de 1994.

3. Falta de presentación personal de los recursos

En relación con la falta de presentación personal de los recursos por parte de ELECTRICARIBE, el artículo 114 de la Ley 142 de 1994 prevé que la presentación personal del interesado no será necesaria para hacer las peticiones o interponer los recursos, ni para su trámite.

En efecto, el artículo 114 de la Ley 142 de 1994, dispone:

“PRESENTACIONES PERSONALES. No será necesaria la presentación personal del interesado para hacer las peticiones o interponer los recursos, ni para su trámite.” (Negrilla fuera del texto original).

En consecuencia, la falta de este requisito no es óbice para que la administración resuelva los recursos pertinentes, por expresa disposición legal.

En conclusión, la Sala reitera que no hubo violación al debido proceso, por cuanto el trámite administrativo se encuentra debidamente soportado en leyes especiales que regulan la materia y que son de aplicación preferente sobre las normas generales

REVOCATORIA DIRECTA

Mediante escrito de 15 de septiembre de 1999, FIDUGAN FIDUCIARIA GANADERA S.A., actuando como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Fidugán Termoeléctrica Las

del día siguiente a aquel en que se hacen. La citación o comunicación podrá hacerse, también, verbalmente, o por la entrega de un escrito, de todo lo cual se dejará constancia.

⁶ ARTÍCULO 113. RECURSOS CONTRA LAS DECISIONES QUE PONEN FIN A LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. Salvo esta ley disponga otra cosa, contra las decisiones de los personeros, de los alcaldes, de los gobernadores, de los ministros, del Superintendente de Servicios Públicos, y de las comisiones de regulación que pongan fin a las actuaciones administrativas sólo cabe el recurso de reposición, que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación.

Flores, el cual es socio y representante legal de Flores III Ltda., socio gestor y representante legal de Flores III Ltda. S.C.A. E.S.P., solicitó la revocatoria directa de la Resolución 031 de 1999 *“por cuando con dicho acto administrativo se violó el debido proceso y el derecho de defensa de la sociedad Flores III ESP”* (Folios 90 y 91).

La actora en la demanda afirma que la CREG guardó silencio sobre tal solicitud y no se pronunció en relación con la misma, lo que, a consideración de ésta, llevó a concluir que había operado el silencio administrativo negativo.

La Sala no encuentra válido este cargo de la actora, toda vez que el artículo 72 de Código Contencioso Administrativo es claro al establecer que en ningún momento la decisión que recaiga sobre la solicitud de revocatoria directa de lugar al silencio administrativo.

Sobre el particular, el artículo 72 del CCA dispone:

“ARTICULO 72. EFECTOS. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo”. (Negrilla ajena al Texto)

Por las razones expuestas el cargo no está llamado a prosperar.

LA FIRMEZA Y EJECUTORIEDAD DE LA DECISIONES

En lo que respecta a la firmeza y ejecutoriedad de las decisiones adoptadas por el Consejo Nacional de Operación que, a juicio de la actora, fueron afectadas por el acto acusado, basta advertir que de conformidad con las disposiciones especiales que regulan el Sistema Interconectado Nacional, la CREG es la máxima autoridad decisoria en la materia, razón por la cual se desestima este cargo. Carece entonces de fundamento el cargo de la demanda relativo a que se produjo indebidamente una revocatoria del acto que había aceptado las glosas a las facturas el cual había creado una situación de carácter particular y concreto a favor de FLORES III, acto que, por lo mismo, no podía ser revocado sin su consentimiento. Este argumento carece de sustento puesto que en este momento no existía ningún acto definitivo que hubiera decidido el asunto, el cual se produjo solo con el acto demandado proferido por la autoridad competente para hacerlo.

FALSA MOTIVACIÓN

En lo que atañe al cargo de falsa motivación, como quiera que el mismo descansa en la premisa de la violación del debido proceso y del derecho de defensa, que, como ya se vio, no se produjo, el cargo no tiene vocación de prosperidad.

Las razones anteriores son suficientes para revocar la sentencia apelada y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

Por 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,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de 26 de marzo de 2009.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO