



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 017 DE 2004

(30 MAR. 2004)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CREG-022 de 2001, modificada por la Resolución CREG 085 de 2002, la CREG aprobó los principios generales y los procedimientos para la expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional, y estableció la metodología para determinar el Ingreso Regulado por concepto del Uso de este Sistema.

Dicha resolución establece que *“la expansión del Sistema de Transmisión Nacional se hará mediante la ejecución, a mínimo costo, de los proyectos del Plan de Expansión de Transmisión de Referencia, por parte de los inversionistas que resulten seleccionados en procesos que estimulen y garanticen la libre competencia en la escogencia de dichos proyectos”*.

Y sobre la remuneración de estas inversiones dispuso: *“Las inversiones correspondientes a la Expansión del Sistema de Transmisión Nacional que se ejecuten a partir de los procesos de libre competencia señalados en este artículo, se remunerarán a los inversionistas seleccionados que hayan presentado en cada proceso la propuesta con el menor Valor Presente de los Ingresos Anuales Esperados durante los veinticinco (25) años del flujo de Ingresos”*.

La Unidad de Planeamiento Minero Energético (UPME), por delegación que le hizo el Ministerio de Minas y Energía mediante la Resolución 18 1315 de 2002, abrió la Convocatoria Pública UPME-01-2003 para seleccionar al inversionista interesado en el diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación

A handwritten signature in black ink, appearing to be the name 'Al'.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

y mantenimiento de la línea de transmisión a 500 kV, circuito sencillo, Primavera – Bacatá y obras asociadas.

Una vez finalizado el proceso de selección, la UPME, mediante comunicación radicada en la CREG bajo el No. E-2003-011236 del 12 de diciembre de 2003, informó que *“el Proponente seleccionado en la Convocatoria Pública UPME-01-2003 y UPME-02-2003 es INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.”* y solicitó la oficialización de los respectivos ingresos. Mediante comunicación radicada en la CREG bajo el No. E-2003-011611 del 24 de diciembre de 2003, envió copia de la póliza de cumplimiento de la Convocatoria Pública UPME-01-2003 y del cronograma de construcción del proyecto, indicando que tanto éstos como los demás documentos previos a la fecha de cierre de las convocatorias se ajustan a los requerimientos establecidos en los Documentos de Selección.

En cumplimiento de lo establecido en la Resolución CREG 085 de 2002, la Comisión de Regulación de Energía y Gas expidió la Resolución CREG 001 de 2004 *“por la cual se oficializan los ingresos anuales esperados para Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. por el diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento de la línea de transmisión a 500 kV, circuito sencillo, Primavera – Bacatá y obras asociadas”*.

Esta resolución fue notificada a Interconexión Eléctrica S.A. (en adelante ISA) el día 19 de enero de 2004, y en esta misma fecha se envió citación para notificar a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P (en adelante EEB), sociedad que intervino en el trámite adelantado ante la CREG para la oficialización de los ingresos. Esta última empresa se notificó mediante edicto, el cual fue desfijado el 17 de febrero de 2003.

La Empresa de Energía de Bogotá, actuando a través de su gerente, mediante comunicación radicada en la CREG con el número E-2004-01309 del 19 de febrero de 2004, presentó recurso de reposición contra la resolución CREG 001 de 2004.

De este recurso se dio traslado a ISA, el 24 de febrero de 2004, entidad que se pronunció mediante comunicación radicada en la CREG con el número E-2004-01593.

2. PETICIONES DEL RECURSO.

El recurso interpuesto plantea las siguientes peticiones:

“Petición Principal:

- *Revocar la Resolución CREG 01 de 2004.*
- *Revocada la Resolución recurrida, se evalúe la oferta presentada por la EEB para este proyecto y se oficialice el Ingreso Anual Esperado para la EEB.*

Petición Subsidiaria:

En el caso de que la CREG no acceda a la Petición Principal, revoque la Resolución recurrida y disponga lo pertinente para que la UPME abra una

de

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

nueva Convocatoria para el proyecto que fue objeto de la Convocatoria UPME 01 de 2003."

3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad del recurso, los hace consistir básicamente en estas razones:

- a) Que la copia del Documento CREG-004 de 2004 que le fue entregada tiene fecha posterior a la fecha de la Resolución impugnada.
- b) Que *"...en la hipótesis de que en la votación para aprobar la Resolución recurrida hayan participado el Ministro de Minas y Energía, el Vice Ministro de ese Despacho, el Vice Ministro de Hacienda y el Sub Director del DNP, estarían impedidos para hacerlo y, en tal evento, estaría viciada de nulidad la Resolución recurrida"*.
- c) Que ISA *"...abusó de su posición dominante al ofertar precios que no cubren costos totales del proyecto por sí mismo, contrariando la resolución CREG-085 /02... que exigen que cada proyecto, por separada y no dentro de la empresa como un todo, sea viable económica y financieramente;*
- d) Que la CREG *"...está obligada por estas mismas normas, a evaluar y no meramente a oficializar los Ingresos Anuales Esperados presentados por el proponente seleccionado por la UPME"*.

A continuación se presenta una síntesis de los fundamentos que sirven de sustento a cada uno de estos motivos de inconformidad presentados por el recurrente.

3.1 Respetto de la fecha del Documento CREG-004 de 2004.

Señala que según aparece en los considerandos del acto impugnado, *"los documentos mencionados en los anteriores considerandos, fueron analizados tal como se detalla en el documento CREG-004 de 2004"*. Que, sin embargo, en la copia que se le entregó aparece que dicho documento tiene como fecha el 20 de enero de 2004, lo que indica que es posterior a la fecha en que se tomó la decisión objeto del recurso, por lo que concluye *"... que hay una seria inconsistencia entre la afirmación del penúltimo Considerando, en el sentido de que 'los documentos mencionados en los anteriores considerandos, **fueron analizados tal como se detalla en el documento CREG-004 de 2004'**, por los integrantes de la CREG que asistieron a la sesión 230, cuatro días antes de que el Documento se produjera"*. (Las subrayas son del texto original).

3.2 Respetto de los impedimentos de funcionarios que integran la CREG.

Señala que bajo el supuesto de que en la sesión del día 16 de enero de 2004, en la cual se discutió y aprobó la decisión objeto de recurso, hubiere estado

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

presente el Señor Ministro de Minas y Energía, *"...debe tenerse en cuenta que él preside la Junta Directiva de ISA, empresa destinataria principal de la Resolución adoptada en la sesión; es, igualmente, el superior jerárquico de la UPME y, en esa calidad, delegante de la función relativa a elaborar los Documentos de Selección de las Convocatorias para la expansión del STN y a conducir el proceso hasta la selección del proponente para que la CREG finalice el procedimiento, evaluando los Ingresos Anuales Esperados del seleccionado por la UPME y, si es del caso, aprobarlos mediante Resolución que los oficializa"*.

Agrega que el día 16 de enero de 2004 envió carta al Señor Ministro de Minas y Energía, con copia a todos los demás integrantes de la CREG, haciendo ver *"...la manifiesta incompatibilidad que tendría para participar en la decisión que la CREG habría de tomar frente a los Ingresos Anuales Esperados ofertados por ISA"*; que ignora si el Señor Ministro asistió o no a la sesión, si participó en la evaluación y si votó y sobre la manera como votó la Resolución; pero que, en todo caso, él firmó la Resolución 01/04.

Afirma, igualmente, que el Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Subdirector del Departamento Nacional de Planeación, también están impedidos para tomar parte en la discusión sobre los Ingresos ofertados por ISA y para votar la decisión que los oficializó. En resumen, que *"...los dos Ministros y sus Viceministros, así como el Director y el Sub Director del DNP eran integrantes de la CREG, por mandato legal, en la fecha en que se tomó la decisión de oficializar la oferta de ISA. Simultáneamente, formaban parte de la Junta Directiva de esta empresa, por designación que les hizo la Asamblea de Accionistas, como consta en la información que divulga ISA en su página web"*.

En su opinión, por estas razones se presenta la inhabilidad e incompatibilidad prevista en el artículo 44.1 de la Ley 142 de 1994, *"[s]alvo excepción legal, no podrán participar en la administración de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos, ni contribuir con su voto o en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones, las empresas de servicios públicos, sus representantes legales, los miembros de sus juntas directivas"*.

Entiende que la "excepción legal" a que se refiere esta norma, *"... alude al caso en que una ley obligue a alguno de los funcionarios a formar parte simultáneamente de una Junta Directiva y de... la CREG"*. Concluye que dado que la participación de los Ministros, del Director del Departamento Nacional de Planeación, de los Viceministros y del Subdirector, en la Junta Directiva de ISA, desde la modificación de sus Estatutos el 11 de mayo de 2001, no obedece al cumplimiento de un mandato legal, sino a una decisión libre de Asamblea, no está comprendida en la "excepción legal", razón por la que *"...los cuatro funcionarios mencionados..., están impedidos para participar y/o votar en las sesiones de la CREG, concretamente en la número 230 del 16 de enero de 2004, en la que se aprobó la resolución recurrida. En todo caso, el señor Ministro de Minas y Energía suscribió la resolución en mención contrariando la ley, por cuanto participó, por lo menos con su firma, en la adopción de esa decisión"*.

En síntesis, señala que *"[N]o basta, entonces, que uno de los Ministros, Vice Ministros o el Sub Director del DNP se hayan abstenido de tomar parte en las deliberaciones o en la decisión de la Junta Directiva sobre un determinado tema, como argumenta el Señor Ministro de Minas en comunicación que me dirigió 22*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

de enero de 2004: el solo hecho de ser miembro de la Junta Directiva de ISA –o de cualquiera otra empresa de servicios públicos, le impide participar con su voto en... la CREG”.

Finalmente, manifiesta:

“Estando impedidos para votar los Señores Ministro de Minas y Energía, Viceministro de Minas y Energía, Viceministro de Hacienda y Crédito Público y Subdirector del DNP, la CREG tendrá que analizar si en la Sesión 230, en la que se aprobó la Resolución recurrida, se conformó el quórum exigido por las disposiciones que rigen el funcionamiento de la Comisión.

En adición, la CREG deberá establecer, si quienes votaron favorablemente la Resolución recurrida, no estaban impedidos para ejercer el derecho a voto por ser miembros de la Junta Directiva de ISA. Esto por cuanto, el Reglamento Interno de la CREG, exige que para adoptar una resolución, por lo menos esta cuente con el voto favorable de uno de los dos Ministros (o de uno de los dos Viceministros, si el Ministro lo ha delegado), o del Director del DNP (o del Sub Director, si el Director lo ha delegado)”.

3.3 Sobre la supuesta obligación de evaluar el proyecto de manera individual.

En su opinión, el Numeral I del Literal a) del Artículo 2o. de la Resolución CREG-085/02 que modificó el Artículo 4o. de la Resolución CREG-022/01, obliga a valorar cada proyecto de manera independiente, e individualmente considerado, debe ser autosuficiente financieramente. Que ISA incumplió esta obligación, pues en su opinión, *“... valoró el proyecto como una inversión más, dentro del flujo de caja de la empresa y no como lo exige la regulación, como un proyecto independiente y autosuficiente”.*

Concluye que si ISA valoró el proyecto como una inversión más dentro del flujo de caja de la empresa y no como lo exige la regulación, como un proyecto independiente y autosuficiente, la CREG no debe aprobar los ingresos, y debe prohibir que ISA continúe desarrollando actividades reguladas (ISA-Transmisión con Ingresos Regulados) simultáneamente con actividades desreguladas (Procesos de Convocatoria para la Expansión del STN), como lo solicitó a la CREG el 13 de marzo de 2003.

3.4 Sobre la imputación de abuso de posición dominante a ISA.

En primer lugar, afirma que ISA tiene posición dominante en relación con la transmisión de electricidad. Señala que dicha posición de ISA se explica en gran medida porque legalmente fue constituida *“...para ser el principal transmisor del país, interconectando inicialmente los centros de generación y carga más relevantes del territorio nacional y posteriormente, interconectando estos centros con la Costa Atlántica”;* *“... se refleja, entre otros indicadores, en las cifras de ingresos que percibieron ISA y su filial TRANSELCA en el año 2002, como proporción de los ingresos totales de la actividad de transmisión: ISA y TRANSELCA recibieron \$ 546.804,5 millones, equivalentes al 78,65% del total de*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

los ingresos que remuneran la transmisión”; y “... se potencia al máximo al tener bajo su dependencia el Centro Nacional de Despacho, CND”, pues en su opinión, “...una de las ventajas derivadas del control del CND por parte de ISA, para los solos efectos de las Convocatorias, es que es el CND la dependencia que por su propia tarea, tiene la información de mayor confiabilidad sobre las necesidades que el sistema tiene en materia de transmisión, contando con información más precisa que la misma Unidad de Planeamiento Minero Energético - UPME”.

Señala que aunque, el 13 de marzo de 2003, puso de manifiesto al Señor Ministro de Minas y Energía y al Director Ejecutivo de la CREG, estos privilegios, para que antes de iniciar el proceso de Convocatorias, el Gobierno Nacional tomara las medidas del caso, a la fecha nada se ha decidido sobre la separación del Centro Nacional de Despacho de ISA.

Agrega que el valor del HHI, índice que mide el nivel de concentración en un mercado, muestra claramente que ISA tiene posición dominante en el mercado de la Transmisión de Electricidad; que si bien no está prohibido tenerla, “... abusar de ella no sólo está prohibido para las empresas, sino que obliga a las Autoridades, como la CREG, a prevenir su abuso o a controlarlo”.

Que la CREG debió actuar para prevenir el eventual abuso de posición dominante, como lo solicitó “...en las extensas y detalladas comunicaciones que dirigió el 13 de marzo de 2003 a la CREG...” y que por el hecho de no haber considerado sus razones “... para hacer de las Convocatorias plenamente competitivas, cuando estaban a tiempo de hacerlo, le da aun mayor relevancia a la exigencia regulatoria contenida en la Resolución CREG-022/01, reiterada en la Resolución CREG-085/02, en el sentido de que cada proyecto, por sí mismo, debe ser autosuficiente económica y financieramente”.

Agrega que si la CREG no le da plena aplicación al Artículo 2o. de la Resolución CREG-085/02 que modificó parcialmente el Artículo 4o. de la Resolución CREG-022/01, que dispuso que el Ingreso Anual Esperado que oferte un inversionista “...**deberá reflejar los costos asociados con la Preconstrucción (incluyendo diseños, servidumbres, estudios y licencias ambientales) y construcción (incluyendo la interventoría de la obra y las obras que se requieran para la viabilidad ambiental del proyecto), el costo de oportunidad del capital invertido y los gastos de administración, operación y mantenimiento del equipo correspondiente**”, examinando las ofertas de ISA con el detalle necesario, “... sencillamente las Convocatorias en las que participe una empresa con amplia posición dominante no tendrían sentido y los competidores estarían siempre en desventaja”

Afirma que “[e]n la medida en que ISA puede utilizar la estructura de costos y gastos de la empresa en conjunto para ofertar por debajo de los costos de cada proyecto, está violando el artículo 4º de la Resolución CREG -022/01 modificado por el artículo 2º de la Resolución CREG-085/02”, y si, por otra parte, la CREG “...se abstiene de evaluar las ofertas, a lo cual voy a referirme en detalle en el numeral 4.1 del presente recurso, no haría otra cosa que permitir, con su pasividad, que ISA viole la norma citada y consolide, mediante abuso, su posición dominante”.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Según se concluye del recurso, ISA habría abusado de posición dominante por las siguientes razones:

- a) ISA valoró el proyecto dentro del flujo de caja de la empresa y no como un proyecto independiente y autosuficiente.
- b) La oferta de ISA sería predatoria, y tendría un doble objetivo: ser seleccionada en el proceso y eliminar del mercado a competidores.

Afirma que "... [l]os cálculos realizados sobre la oferta presentada por ISA, arrojan un flujo acumulado de caja negativo al accionista durante los veinticinco años que cubre la oferta y arrojan una TIR negativa en dólares constantes. Lo anterior implicaría que ISA aplicó precios predatorios con el doble objetivo de ser seleccionado en el proceso, y eliminar del mercado a potenciales competidores".

- c) Que ISA estaría subsidiando una actividad competitiva con las rentas de una actividad monopolística.

Señala el recurrente que dadas las condiciones de la oferta de ISA, se presenta un "traslado de rentas de una actividad monopolística regulada (ISA-Transmisión con Ingresos Regulados), a una actividad competitiva desregulada (Procesos de Convocatoria para la Expansión del STN)".

- d) La oferta de ISA no cubriría la estructura total de costos del proyecto.

Señala que "la oferta de ISA no cubre la estructura total de costos de los proyectos y resulta un 47% inferior a la remuneración actual reconocida por la CREG al sistema de transmisión nacional; razón por la cual se considera que de ser adjudicada en esas condiciones, las Convocatorias en mención, se vería amenazada no solo la realización del proyecto sino también la remuneración de las empresas que desarrollan esta actividad y las condiciones de competencia del negocio".

Que según los propios estudios de ISA "el ingreso regulado reconocido a los activos de transmisión en Colombia, resulta insuficiente para cubrir los costos de inversión de las redes, incluido el costo de oportunidad del capital y los costos de administración, operación y mantenimiento, en condiciones adecuadas de calidad y confiabilidad y en condiciones óptimas de gestión teniendo en cuenta criterios de viabilidad financiera", según la presentación "Perspectivas del Negocio de la Transmisión de Energía Eléctrica" hecha en Cartagena de Indias, en octubre 18-19 de 2001.

Que la oferta de ISA "...resulta inferior incluso a los estimativos de inversión de los proyectos formulados por ella misma y por la UPME, esto es, sin siquiera considerar los costos de administración, operación y mantenimiento", por estas razones:

"...

- a. *Los estimativos de inversión contenidos en el Teaser de las Convocatorias. La propia UPME estimó las inversiones para el Proyecto Bogotá en US \$ 137 millones, y en US \$ 218 millones para*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

el Proyecto Costa, esto es, un total de US \$ 355 millones sin incluir, en ninguno de los dos casos los gastos de financiación.

- b. El Proyecto valorado a los Costos Unitarios de las Unidades Constructivas definidas por la CREG en la Resolución 026 de 1999, tendría un costo total de US\$ 422 millones incluidos los gastos financieros regulados. Gastos financieros que la propia ISA, en declaraciones públicas¹, ha cuestionado por ser muy bajos.*
- c. Por su lado, el Plan de Expansión de Generación y Transmisión 2002- 2011, Tabla 12.2, elaborado por la UPME, estimó un costo de US\$ 430 millones para el Proyecto, incluidos los gastos financieros”.*

Que “... de considerarse los gastos de Administración, Operación y Mantenimiento, los estimativos de la misma ISA arrojan un valor muy superior al ofertado. ISA publicó, el 15 de Octubre de 2003, en su página Web, las cifras preliminares de inversión de las Convocatorias estimándolas en US\$ 386 millones que, según informó, comprendían el diseño, suministro, construcción, montaje, operación y mantenimiento de los proyectos”.

- e) La oferta de ISA violaría el artículo 98 de la Ley 142 de 1994, y se constituirían las causales de abuso de posición dominante previstas en los numerales 1 y 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.*

Según el recurrente, lo anterior, resulta violatorio del artículo 98 de la Ley 142/94 que prohíbe dar a los clientes de un mercado competitivo tarifas inferiores a los costos operacionales, y ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

Concluye que si una oferta en particular es predatoria, constituye una trasgresión de las leyes de competencia, en especial los numerales 1 y 5 del Artículo 50 del Decreto con fuerza de Ley 2153/92, que prohíben “... la *disminución de los precios (sic) por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos*” y “...[v]ender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción”, por constituir abuso de posición dominante.

Señala que “...no es cierto, como lo afirma la CREG, que todo proceso de introducción de competencia se traduce en reducción de precios. Se darán tales reducciones, si el Regulador sobreestima los costos de la actividad, cuando la misma es sujeta de regulación; por el contrario, se darán aumentos de precios, si

¹ Presentación del Gerente General de ISA “Perspectivas del Negocio de la Transmisión de Energía Eléctrica”, en el VI Seminario del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica, Cartagena de Indias, octubre 18-19 de 2001

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

el Regulador subestima los costos de la actividad, cuando la misma es sujeta de regulación". En su opinión, ateniéndose a lo dispuesto en el artículo 87.1 de la ley 142 de 1994, "...es razonable presumir que la CREG, al fijar la remuneración aplicable a los activos de transmisión (Resolución CREG-026 de 1999), buscó que los mismos se acercarán a lo '...que serían los precios de un mercado competitivo...'. Si bien, seguramente se han presentado variaciones en algunos ítems entre 1999 y el 2003 (año de las convocatorias), una reducción de precios no sería en este caso el resultado inexorable de los mecanismos de competencia introducidos para la expansión del STN".

Cuestiona que se haya citado en el Documento CREG-004 la sentencia de la Corte Constitucional C-150 de 2003, aduciendo que "...en cada uno de los cinco párrafos citados textualmente por la CREG, incluyen la frase "en un mercado competitivo" pero que la sentencia no hace alusión "...al comportamiento esperado de precios cuando se pasa de un contexto monopolístico regulado a un contexto de competencia", y que no podía pedirse a la Corte "...que analizara situaciones concretas porque, como se sabe, estaba analizando la constitucionalidad de la Ley 142/94 cuando impone la competencia como uno de los principios para la prestación, la regulación y la vigilancia de los servicios públicos. Por eso sus consideraciones, a la luz de la Constitución, las hace en abstracto".

Agrega que la CREG, "además de citar descontextualizadamente a la Corte Constitucional, es suponer ex ante y sin los análisis adecuados, que una Convocatoria con dos oferentes, uno de ellos con posición dominante en el mercado, es un proceso competitivo y que en él se garantizó la libre competencia. La CREG no demuestra esta afirmación en su Documento CREG-004 de 2004".

Sobre este mismo aspecto señala:

"La CREG en el Documento citado, cuyo objeto era examinar la situación específica de las Convocatorias UPME 01 y 02 de 2003, de manera cómoda pero inaceptable, enuncia principios de la teoría de la libre competencia, para basar una decisión que beneficia a una empresa y agravia a otra, sin evaluar la situación específica.

Lo mínimo que debió hacer la CREG fue examinar los argumentos que la literatura también tiene sobre cómo, si en un determinado mercado uno de los participantes tiene posición dominante y abusa de ella, la condición de "mercado competitivo" simplemente no se da. Que una Autoridad Regulatoria ignore esto es aún menos explicable cuando justamente esa falla de mercado, muy común en servicios por red, es una de las razones para que el Estado intervenga como Regulador.

El silencio de la CREG es aún menos excusable porque la EEB, desde el 13 de marzo de 2003 -en comunicaciones a la CREG y, por separado, al Señor Ministro de Minas y Energía- había llamado la atención sobre algunos de los privilegios de ISA frente a las Convocatorias, tal y como están reguladas. Y, ya surtido el proceso, el 10 de diciembre de 2003 (comunicación 09191) solicité a la CREG que exigiera "...a ISA la presentación de las memorias de cálculo..." de sus ofertas como parte de la evaluación de los Ingresos que habría de realizar, antes de oficializarlos y,

de

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

sobre todo, en comunicación del 8 de enero de 2004 (radicación 09630) en la que, de manera expresa, señalé que ISA tiene posición dominante y que su participación en la Convocatorias constituyó en la práctica un abuso de tal posición.

A estos aspectos específicos no aparece referencia alguna en el Documento CREG 004. La CREG se limita a enunciar los beneficios que se derivan de la existencia de competencia, pero omite examinar la evidente posición dominante de ISA y el abuso que de ella hizo en las dos Convocatorias. Nótese que mi comunicación del 8 de enero de 2004 tiene similitudes con las que envié el 13 de marzo de 2003 pero sus enfoques y argumentos difieren. Las del año pasado advertían, oportunamente, sobre la posibilidad de que ISA abusara de su posición dominante teniendo en cuenta la forma como estaba regulado el proceso y solicitaba a la CREG ejercer su función regulatoria para prevenirla y al Señor Ministro actuar para disminuir los privilegios de ISA.

Lo que hice en enero 8 pasado, ya no fue llamar la atención sobre lo que hipotéticamente podría pasar sino sobre lo que, efectivamente, sucedió: que ISA abusó de su posición dominante.

Para probar mi aseveración, en esa comunicación señalé los cálculos que la propia ISA divulgó, así como su insatisfacción frente a la remuneración regulada que rige para los activos del STN construidos antes del mecanismo de Convocatorias. Mi comunicación tuvo por objeto aportar elementos de juicio a la CREG en su tarea de evaluar las ofertas de ISA antes de aprobarlas.

La oferta de ISA, teniendo posición dominante en el mercado relevante, tiene las características prohibidas por el Decreto 2153 de 1992, Artículo 50, citado atrás, cuando habla de "precios {que} no corresponda la estructura de costos de la transacción" (Numeral 5), "la disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos".

Sin embargo, y en gracia de discusión, si suponemos que los precios ofertados por ISA no son predatorios, la CREG deberá corregir, a la brevedad posible, la valoración actual de la red existente, reconociendo "error grave", en los términos dispuestos en el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994. De no hacerlo, estaría ocasionando sobrecostos injustificados a los usuarios del servicio y facilitando ingresos sin bases razonables a los transportadores del Sistema, incluyendo a mi propia empresa".

Finalmente, de manera abstracta invoca unas supuestas "implicaciones para el mercado andino", citando algunos apartes de la Decisión Andina Número 536 de diciembre de 2002, y concluye que "...sería lamentable que la CREG llegare a ser cuestionada judicialmente en un Tribunal internacional, por prohijar una violación a la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia por parte de la empresa estrella de la Región, estando en manos de la CREG justamente dar pautas a todos los Reguladores y Agentes sobre la plena convicción de que Colombia cree en los Intercambios Internacionales de Energía en condiciones efectivamente competitivas".

el

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Señala que "...la pujanza de ISA puede implicar precisamente, que pueda llegar a tener posición dominante no limitada a Colombia, por lo cual las Autoridades de Regulación y las que velan por la prevalencia de la libre competencia no pueden ser indiferentes a la consolidación de ISA en el mercado andino de transmisión. Por lo pronto en Colombia he mostrado la posición dominante que ya tiene. Si regulatoriamente se actúa pasivamente, las Autoridades Andinas de oficio o a petición de agentes de los países de la Comunidad Andina, podrán en un futuro, abocar el estudio del tema".

3.5 Sobre la obligación de la CREG de evaluar la oferta.

Para el recurrente resulta "ingeniosa" la interpretación que la CREG hace de la función que ella misma se impuso, consistente "en afirmar que "evaluar" equivale a "creer lo que otro afirma".

Señala que la CREG le dio un sentido distinto al artículo 4o. de la Resolución CREG-022 de 2001, pues su deber es evaluar y no asumir. Agrega que "**Evaluar** -que es el verbo utilizado por la CREG en su Resolución 085/02- no es asumir que lo afirmado por un tercero es cierto. Una Autoridad o evalúa, o asume. Asumir tiene base en la Constitución, que consagra el principio de la Buena Fe. Regulatoriamente es una forma válida de intervenir y así lo hace la regulación eléctrica en muchos casos. Pero entonces, en este último caso, la CREG no los somete a su evaluación". En su opinión, "Asumir" en el sentido en que la CREG lo está tomando es, en realidad un anglicismo, de uso común en varios países de habla hispana. De allí que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española² no incorpore esta acepción, sino la estrictamente castiza: "1 Atraer/2 Hacerse cargo, responsabilizarse de algo, aceptarlo/3 adquirir, tomar una forma mayor".

Agrega en relación con esto último:

"Pero el "Diccionario de Uso del Español"³ de María Moliner dice: "Asumir....3 Aceptar la realidad de una cosa negativa o que puede tener consecuencias negativas".

En los distintos Diccionario Jurídicos en español, incluyendo el de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, no hay mención de la palabra "asumir". El sentido legal en inglés, por ser tomado de allí para el uso que la CREG le da, es "El acto de conceder o dar por sentado. El comprador de un bien raíz que "asume" una deuda hipotecaria como propia se hace personalmente responsable de su pago⁴".

Evaluar, para María Moliner⁵ es: "Atribuir cierto valor a una cosa/Justipreciar, tasar, valorar/Valorar mediante determinadas pruebas el nivel de aptitud de un alumno/Adorar, apodar, apreciar, estimar, justipreciar, peritar, retasar, tasar, valorar, valuar".

² Vigésima Segunda edición

³ Editorial Gredos, Madrid, 1998

⁴ Black's Law Dictionary, 5th edition, West Publishing Co, St. Paul, Mann, 1979. El texto original dice: "Assumption. The act of conceding or taking for granted. The purchaser of real estate "assumes" a mortgage debt as his own and becomes personally liable for its payment"-

⁵ Op. Cit.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

El Diccionario de la Academia de la Lengua Española define: "*Evaluar: 1 Señalar el valor de una cosa/2 Estimar, apreciar, calcular el valor de una cosa/3*". *Estimar los conocimientos, aptitudes y rendimiento de los alumnos*".

De las distintas definiciones se desprende que las diferencias entre "*evaluar*" y "*asumir*" (esta última en la acepción que la CREG toma) son notables. "*Evaluar*" exige cálculos, tasaciones, peritajes, prácticas de pruebas. Asumir toma como cierta la información que se recibe.

Un riesgo que está "*asumiendo*" la CREG, al "*asumir*" y no "*evaluar*", los Ingresos Anuales Esperados ofertados por ISA, es comprometer la viabilidad futura del STN". (Así está el texto original).

En su opinión, "*El Documento CREG 004 del 20 de enero de 2004 pretende que la evaluación exigida en la Resolución CREG 022/01 se limita a solicitar que la UPME certifique que el proceso cumplió con lo estipulado en los documentos de selección*". Se pregunta, sobre "*Si esta “evaluación” no se extiende al examen de los Ingresos Anuales Esperados, como lo pretende el Documento, para qué se incluyó como una de las reglas la evaluación?*".

Agrega que adicionalmente, "*...cuando la CREG fijó las reglas para convocatorias parecidas adelantadas por la UPME, que invitan a la instalación de equipos que operen a niveles de tensión inferiores a 220 kV, cuidadosamente se abstuvo de autoimponerse la tarea de evaluar y simplemente "oficializa" los Ingresos Mensuales Esperados del oferente seleccionado por la UPME*".⁶ Y que "*para la misma clase de Convocatorias, originalmente reguló de la misma manera en cuanto que, si a la Convocatoria se presentara más de un proponente que cumpliera los requisitos técnicos y financieros, el papel de la CREG sería únicamente el de oficializar los Ingresos*"⁷".

Acude a un recuento de las modificaciones efectuadas desde la Resolución CREG-051 de 1998, sobre el mismo punto, para concluir que según el artículo 4o. de la Resolución CREG-022 de 2001, modificado por la Resolución CREG-085 de 2002, el papel de la CREG ya no es meramente el de "*oficializar*" la oferta del proponente seleccionado; y que "*evaluar*" no equivale a "*asumir*" que la oferta de ISA cubrirá la totalidad de los costos del proyecto.

Agrega que la CREG "... no es consistente en su interpretación puesto que, en el mismo Documento CREG 004, afirma que "*en conclusión...para la probación(sic)...jurídicamente la CREG debe asumir que los Ingresos...ofertados por ISA incluyen toda la estructura de costos y gastos*", sin embargo, a renglón seguido actúa como "evaluador superficial" cuando dice que "*[e]n adición, para el caso concreto, encuentra la Comisión que según la información aportada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., no se evidencia indicio de que esta sociedad haya incumplido la obligación establecida de incluir en su oferta toda la estructura de costos y gastos del proyecto*". Concluye que "[s]i jurídicamente la CREG solamente podía "*asumir*", lo que equivale a dar plena fe de la oferta que

⁶ Resolución CREG-092/02, artículo 5o

⁷ Resoluciones CREG-51/98 y 04/99 en su artículo 4o, literal b), Numeral III "El Ministerio..o la entidad que este delegue solicitará a la..CREG la expedición de una resolución que oficialice los Ingresos Anuales Esperados con los cuales se hubiere seleccionado el proponente.." (He subrayado)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

le remitiera la UPME, para qué y con qué base analizó la información adicional que le envió ISA y, más grave aún, cómo llega mediante un análisis (vale decir, mediante una evaluación de pocas horas) a concluir que "no se evidencia indicio"?

Afirma que "[s]i el papel de la CREG es el de "asumir" que los precios ofrecidos cumplen con las dos exigencias: eficiencia y remuneración plena de los costos del proyecto, convierte a la CREG en cómplice de la conducta abusiva puesto que coadyuva pasivamente, sin evaluación alguna, con un acto suyo a validar la legalidad del precio cuando lo oficializa. Es entonces una actuación administrativa que involucra a la CREG en el abuso de posición dominante que se imputa a ISA, puesto que para que se haga efectiva la intención de la empresa se requiere que se expida una Resolución que en este caso son las dos objeto del presente recurso".

"Declara" que no comparte, las aseveraciones de la CREG en el sentido de que no tiene competencia para "investigar y determinar si determinada conducta realizada por un agente constituye abuso de posición dominante, y que "esto no excusa a la CREG para que, antes de aprobar los Ingresos Anuales Esperados, ofertados por ISA, realice la evaluación que ella misma se impuso".

Que "... es deber de todo funcionario poner en conocimiento de la autoridad competente las situaciones que puedan configurar violación de la ley", y que según el artículo 73.18, la CREG tiene la facultad de "Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta ley"; que de la resolución impugnada no se desprende que la CREG haya dado traslado del caso a ninguna autoridad.

Finalmente, cuestiona las afirmaciones hechas en el Documento CREG-004 de 2004, en el sentido de que la CREG no encontró razones que justificaran abstenerse de aprobar los Ingresos Anuales Esperados. En relación con estos argumentos manifiesta que "...siendo ciertos, no pueden aceptarse por cuando se está tomando una decisión basada en razones jurídicas. Si se estuviera frente a una situación de proponente único que, como lo afirma el mismo Documento CREG-004 sí obligaría a la CREG a "revisar" la oferta y encontrara razones para no aprobar el precio ofrecido, entonces con estos últimos argumentos se abstendría de hacer la revisión para no atrasar el cronograma y beneficiar a los usuarios?".

4. SOLICITUD DE PRUEBAS.

El recurrente, solicitó "que se pidan los siguientes documentos para tenerlos como pruebas":

"1 A la UPME: los Documentos de Selección de la Convocatoria Pública UPME 01 y todas sus Addendas, en particular el Teaser con los estimativos de inversión para el proyecto y la Addenda número 8 en el que eliminó la posibilidad de la UPME de no adjudicar por razones de conveniencia, con el propósito de probar que la oferta de ISA no remunera en su totalidad los

al

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

costos y gastos del proyecto, como lo habían solicitado los Documentos de Selección.

2 A ISA: *Con el propósito de probar que la oferta efectuada por ISA en desarrollo de la Convocatoria UPME 01 de 2003, se encuentra por debajo de la estructura real de costos de cada del proyecto, se solicita que la CREG pida a ISA la siguiente información:*

- 1. Modelo Financiero de la Oferta;*
- 2. Proyecciones de ISA con los proyectos;*
- 3. Proyecciones de ISA sin los proyectos; y*
- 4. Proyecciones Marginales de ISA con los proyectos.*
- 5. Proyecciones Marginales de ISA sin los proyectos.”*

5. TRASLADO DEL RECURSO

Interconexión Eléctrica S.A., actuando a través de apoderado, se opuso a la prosperidad del recurso, fundándose en las siguientes razones:

5.1 Respetto de las peticiones del recurso.

Afirma que la CREG “...no tiene competencia para afectar la adjudicación”. Que, por tal razón, no tiene competencia para acceder a las peticiones de la EEB, y que de hacerlo “Implicaría extralimitación de las funciones y usurpación de las de la UPME”. Señala que “... en la medida que, (...) dentro de lo reglado de la facultad que está ejerciendo, no hay cabida para las consideraciones que se le pide realice y, en tanto que bajo ninguna interpretación sería la instancia con poder para evaluar ‘la oferta presentada por EEB para este proyecto’, ni tampoco para disponer ‘... lo pertinente para que la UPME abra una nueva convocatoria para el proyecto que fue objeto de la convocatoria UPME 01 de 2003’, como lo pretende la EEB en sus peticiones”.

Recuerda que “[c]onstitucional y legalmente las entidades y los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que está previsto en la ley”, y que “... [e]n ninguna de las normas que regulan la actividad de la CREG se habla de una función similar a la que la EEB audazmente pretende ahora que esa comisión se abroge”.

Afirma que “[s]egún lo señalado en el Artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado mediante la Ley 689 de 2001, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es competente para “adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el Artículo 34 de la Ley 142 de 1994. De ese modo, pues, si para esa Comisión no fuera absolutamente claro que no ha existido un abuso de posición dominante, la única vía sería acogerse al procedimiento indicado en el Artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, sin que pueda, por ningún motivo, dilatar la decisión definitiva ni revocar la que se ha recurrido”.

Expone que el artículo 4 de la Resolución CREG-022 de 2001, prevé que la CREG intervenga antes de la adjudicación, “...cuando encuentre que los

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

requisitos establecidos en los documentos de selección impiden o restringen la libre competencia o no cumplen con criterios de eficiencia económica en la escogencia de los proyectos del plan de expansión de transmisión de referencia y sus comentarios deberán ser incluidos en los documentos de selección”, como en efecto lo hizo en este caso, “[p]ero, al hacerlo o dejar que el proceso inicie sin objeción, la Comisión pierde competencia para presentar observaciones o inquietudes con posterioridad”, y que, en adición, “la posibilidad de participación de la CREG se reduce a los términos de la invitación, sin que se pueda extender, como se quisiera ahora por la EEB, a las condiciones en que se hayan presentado las propuestas”.

Agrega que “la presunción de la Letra a del Artículo 4 implica la imposibilidad del oferente de alegar que su propuesta no cubría los aspectos allí descritos, y no una obligación de la CREG de verificar que ello es así”.

Pone de presente que “[e]n la ley se ha hecho diferencia entre promover la competencia y reprimir las conductas restrictivas de la misma”; que “[d]entro de las funciones y facultades previstas en el Artículo 73 de la Ley 142 de 1994, con que cuenta la CREG para promover la competencia, no está la de no aprobar los cargos cuando se cuestione alguna propuesta”; y que “la función descrita en el Artículo 74.1 de la misma ley, no habilitaría a la CREG para asumir la labor que la EEB le exige, ya que esa función no es de naturaleza investigativa y represiva, sino que se refiere a la recomendación de medidas regulatorias preventivas”.

Señala que la función de aprobación de los ingresos anuales esperados no es discrecional, sino que está reglada en la ley, y por la misma CREG mediante actos de carácter general que no puede modificar para el caso concreto, y que “...no es aceptable que se entienda que lo redactado en el número VII conlleve el deber de la CREG de proceder al análisis de si la propuesta tuvo en cuenta todos los costos. Por el contrario, lo allí dicho es una presunción que implica la consecuencia jurídica para el inversionista de que “asumirá la responsabilidad y el riesgo inherentes a la ejecución y explotación del proyecto, en los términos definidos en el Artículo 85 de la Ley 143 de 1994.”

Enfatiza que “[s]i fuera como se argumenta por el recurrente, la consecuencia jurídica de la presunción no se daría en ninguna hipótesis, ya que la CREG se habría asegurado que no haya costos sin prevención”.

Concluye que “[e]l proceso de adjudicación ya terminó e ISA cuenta con una situación administrativa concreta que le otorga derechos”, y que “ISA actuó fundamentada en la legítima confianza”.

5.2 Sobre las inconsistencias en la fecha del Documento CREG-004 de 2004.

Manifestó el apoderado de ISA, que en el recurso de la EEB se citan temas ajenos e irrelevantes y “... [l]as posibles inconsistencias de las fechas de los documentos CREG es uno de esos. Obviamente, no es un tema de fondo y, aún si se hubieran presentado las equivocaciones en la numeración, esa circunstancia, aislada o en conjunto con otras condiciones, no implicaría que se deba reponer la decisión, ya que no se afecta el resultado”.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

5.3 Sobre las razones del recurso relacionadas con inhabilidades o incompatibilidades de funcionarios que integran la CREG.

El apoderado de ISA señala que *"... la situación que se describe como hipotética no podría ser el sustento para que se acceda a la pretensión principal ni a la subsidiaria de la EEB"*, y que independientemente de si se concuerda o no con la posición de la EEB, *"no se afectaría lo resuelto"*. Concluye que *"[n]o se ha previsto que la inhabilidad o incompatibilidad afecte la validez de las decisiones y menos que se produzca en la forma de revocatoria que exige la EEB"*.

Manifiesta que *"[e]n el caso de ISA, los funcionarios cuestionados no participaron en la formulación de la propuesta, ya que, entre otras razones para evitar suspicacias, se formó un comité de delegados de Junta Directiva para el efecto"*.

Señala que según la Resolución 085 de 2002, ISA está obligada a presentar ofertas, y por ello no haber acudido a esta convocatoria no era una opción; que *"con la misma obligatoriedad, los ministros y el director del DNP forman parte de la CREG"*.

Señala que *"[l]a lectura de los estatutos de ISA por pare de EEB es equivocada"*. Que *"[l]os Estatutos ISA establecen que la designación de los miembros de la JD se hace teniendo en cuenta la participación de los socios en el capital social"*, lo cual se ajusta a lo dispuesto en el artículo 19.16 de la Ley 142 de 1994, y que, en consecuencia, *"... no podría la Asamblea por su propia iniciativa, hacer designaciones directas, desconociendo las mayorías accionarias"*.

Concluye que, por esta razón *"...resulta obligatoria la presencia del Ministro de Minas y Energía en la Junta Directiva de ISA, toda vez, que es el representante de la Nación, la cual tiene la mayor propiedad accionaria en la Empresa"*.

Afirma que asimismo, *"...se equivoca la EEB, al afirmar que ninguno de los miembros de la JD de ISA participa en la misma, por mandato legal"*, pues el artículo 7 del Decreto 1521 de 1994, establece que *"[l]a inversión de la Nación en Interconexión Eléctrica S.A. y en la nueva sociedad que se constituya, será representada por el Ministerio de Minas y Energía"*; y que, en adición, dado que según el Artículo 1, literal B. del Decreto 070 de 2001, ISA es una entidad vinculada del Sector Administrativo del Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con lo establecido por los Artículos 42 y 44 de la Ley 489 de 1998, el Ministerio del ramo tiene a su cargo la orientación de las actividades de esta entidad.

Concluye que el recurrente se equivoca al señalar que no existe "excepción legal" respecto de la prohibición establecida en el Artículo 44.1 de la Ley 142 de 1994, ya que existen normas que autorizan expresamente al Ministro para su participación en las decisiones que vayan a adoptar las Comisiones de Regulación, como son:

"- El Artículo 71 -Composición- de la Ley 142 de 1994. Las Comisiones de Regulación estarán integradas por: "71.1. El Ministro respectivo o su delegado, quien lo presidirá".

or

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- El Artículo. 2, literal a), del Decreto 2474 del 13 de diciembre de 1999, por el cual se reestructuran las Comisiones de Regulación y se dictan otras disposiciones-, establece: "La Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, está integrada de la siguiente manera: a) Por el Ministro de Minas y Energía, quien la presidirá".
- El Artículo 3, literal a) del Decreto 2461 de diciembre 8 de 1999, por el cual se aprueban los estatutos y el Reglamento Interno de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- y la Resolución 063 del 25 de noviembre de 1999, señala: "Integración. De conformidad con lo dispuesto por la Ley 143 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, está integrada de la siguiente manera: "a) Por el Ministro de Minas y Energía, quien la presidirá;".
- La Resolución CREG 044 del 28 de enero de 1999, respecto al funcionamiento de la Comisión estableció que esta podría sesionar con la asistencia de seis de sus integrantes y sus decisiones se tomarán por mayoría simple, requiriéndose el voto favorable de un Ministro o del Director Nacional de Planeación.
- La Resolución CREG 063 del 25 de noviembre de 1999 en su Artículo 6, con relación al Quórum señala que la Comisión podrá sesionar con la asistencia de seis de sus integrantes, y sus decisiones se tomarán por mayoría de los asistentes, requiriéndose el voto favorable de un Ministro o su delegado, o del Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado".

Finalmente, señala que de lo previsto en el artículo 44.3 de la Ley 142 de 1994, se llega a la misma conclusión, pues esta norma determina que: "No puede adquirir partes del capital de las entidades oficiales (...), ni participar en su administración o ser empleados de ella ningún funcionario de elección popular, ni los miembros o empleados de las comisiones de regulación (...). **Se exceptúa** de lo dispuesto, la participación de alcaldes, gobernadores y **ministros**, cuando ello corresponda, en las juntas directivas de las **empresas** oficiales y **mixtas**". (Resalta el apoderado).

5.4 Sobre la imputación de abuso de posición dominante que endilga el recurrente a ISA.

El apoderado de ISA aborda varios puntos, relacionados con el debido proceso y las razones por las cuales considera que la actuación encaminada a aprobación de los ingresos por parte de la CREG no puede tener como fin la investigación de la conducta de ISA, así como sobre las razones por las cuales considera que no existe abuso de posición dominante.

5.4.1 En cuanto al debido proceso.

Según el apoderado de ISA, "... la manera como EEB pretende que se proceda es violatoria del debido proceso. La presunción de inocencia lleva a que se tenga por acreditado el cumplimiento de la ley. Las afirmaciones de EEB no tienen

el

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

ningún sustento. No puede entonces pretender que la CREG inicie un proceso de valoración para llevar a la condena, dentro de un recurso de reposición”.

Señala que *“en este trámite no se debate la posición dominante. Si se concluyera ahora que existió, se violaría el debido proceso: No es el trámite, no es la autoridad competente, no se le indicó a ISA que era lo que afrontaba y no tuvo oportunidad de pedir pruebas.”*

5.4.2 Sobre las razones por las cuales considera que no existe abuso de posición dominante.

Sobre las consideraciones generales del recurso relacionadas con este punto, señala el apoderado de ISA:

“No existió conducta abusiva de posición dominante

En el caso que ahora se evalúa por la CREG no hay posición de dominio, ni existió conducta abusiva y, con certeza, ni de lo que reposa en el expediente, ni de las argumentaciones y pruebas pedidas por la EEB se podría llegar a esa conclusión.

8.1 (...)

8.2 Precisiones previas

Antes de describir cómo es claro que en este evento no hay posición de dominio y que, en cualquier caso ésa situación dista mucho de haberse demostrado, son procedentes algunas precisiones sobre aspectos que la EEB da por sentados sin ser ciertos.

El objetivo que se persiguió al señalar la necesidad de la separación del CND no fue “prevenir un poder de mercado que pudiera degenerar en prácticas restrictivas de la competencia”. Esa es sólo una interpretación del ahora inconforme, que no puede influir en el criterio de la Comisión.

Mediante el Decreto 1171 de 1999 sólo se ordenó la creación. En el mismo decreto se señaló que las funciones atribuidas al CND en las Leyes 142 y 143 continuarían siendo ejercidas por una dependencia de ISA.

La situación excepcional de Colombia al no tener transportador separado del operador es sólo a nivel regional. A nivel mundial se ha aceptado como una práctica común y probado como muy eficiente. Para mencionar sólo algunos ejemplos, puede consultarse la experiencia de Panamá, México, Francia, España y el Reino Unido.

8.3 No hay posición de dominio

La carga de la prueba sobre la posición de dominio la tiene el impugnante o la entidad que pretende que se la tenga por probada, quien debe cumplir con las definiciones legales del término.

En este caso no se ha probado. Las pruebas que se aportan y los argumentos que se presentan no son concluyentes sobre una posición dominante.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

8.4. No hay posición dominante en términos de la Ley 142 ni del Decreto 2153

8.4.1 Ley 142

La definición de posición de dominio que trae la ley 142 de 1994⁸ es cuantitativa y no cualitativa en la medida que se refiere a un porcentaje de los "usuarios".

De la manera que se ha resaltado en otros apartes de este escrito, EEB no definió y, mucho menos sustentó alguna definición de mercado, no identificó los servicios de ISA ni sus sustitutos próximos, no señaló quienes serían los usuarios, ni cómo es que mi mandante sirve a más de la cuarta parte de ellos.

8.4.2 Decreto 2153 de 1992

Se entiende por posición dominante, la posibilidad de determinar las condiciones del mercado.⁹ En palabras de la Superintendencia de Industria y Comercio, "un agente económico se encontrará en esa situación, cuando puede modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas u otra variable significativa para el mercado relevante, siempre que puede mantener la modificación perdurablemente porque la reacción de sus competidores efectivos y/o potenciales, o los consumidores, no sería suficiente para modificar su conducta

Ahora bien esa posición dominante no puede ser abstracta, por ello es necesario determinar con absoluto rigor, el segmento exacto de lo que se produce, así como el área geográfica donde tiene lugar su comercialización. En otras palabras, el mercado relevante.

Hecho lo anterior corresponde estudiar a sus competidores, tanto actuales como potenciales, al igual que los consumidores de sus productos o servicios, a fin de verificar si en un momento dado estarían en capacidad de contrarrestar o neutralizar una determinación unilateral del agente en presunta posición de dominio.

Si como resultado de los anteriores análisis se establece que el agente puede actuar con prescindencia de sus competidores y de sus consumidores, entonces se tendrá que la empresa ostenta posición de dominio en el mercado"¹⁰

A partir de la reposición de la EEB, no se genera siquiera sospecha de que pueda existir posición de dominio por parte de ISA.

No se ha identificado el mercado producto, no se conoce el mercado geográfico, no están identificados los consumidores, ni los competidores, no

⁸ "Es la que tiene una empresa de servicios públicos (...) respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado" Artículo 14.13.

⁹ Artículo 45 Numeral 5 del Decreto 2153 de 1992.

¹⁰ Resolución 8328 de 2003 Superintendencia de Industria y Comercio.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

se seleccionó una variable de mercado que ISA pudiera alterar, ni se demostró que efectivamente lo pudiera hacer.

8.5 La posición dominante no es causa para no aprobar los ingresos

Ya antes expliqué que el trámite que nos ocupa es reglado. Dentro de los elementos que la ley le exige a la CREG que tenga en cuenta para tomar la decisión que se recurrió, no se cuenta el hecho que el adjudicatario no tenga posición de dominio.

Luego, aún en el caso que se hubiera acreditado esa condición para ISA, que no lo fue, la CREG no podría sustentar una reposición en ello.

8.6 La proporción de los ingresos no implica posición dominante

Nadie ha discutido que ISA sea la empresa con el mayor porcentaje de propiedad en el Sistema de Transmisión Nacional. Pero, como quedó claro en la explicación de los conceptos legales de posición dominante, eso no es determinante de que existe esa situación.

8.7 La información del CND se maneja de manera neutral

Como es mas que sabido por parte de la CREG, la información que produce el CND se refiere principalmente a las condiciones operativas del sistema y son base para identificar algunas necesidades del mismo en materia de transmisión. En ese campo, el CND es responsable de identificar restricciones eléctricas, las cuales constituyen uno de los insumos para la definición de los planes de expansión, responsabilidad de la UPME.

Pero resulta que tanto la información que produce el CND para ese propósito, como la información de los planes de expansión y los planes mismos, son públicos.

Y, siendo lo anterior suficiente para que se comprenda que la administración del CND por parte de ISA no tiene las implicaciones que EEB pretende darle,, debe recordarse que todos los agentes, incluso la EEB pueden participar en la formulación de los planes¹¹ y que éstos se dan a conocer de muy variadas maneras con suficiente antelación a su adopción y mucho antes de que se produzcan las licitaciones,¹² todo lo cual hace que para ese momento, todos los potenciales proponentes estén en igualdad de condiciones a ese respecto.

8.8 Contar con la información del CND no implica posición dominante

Tal como lo describe la EEB, en una convocatoria de esta naturaleza, se trata de una pugna por el mercado. Dentro de un proceso licitatorio de esa clase, no existe ninguna variable que pueda ser alterada unilateralmente

¹¹ En los considerandos de la Resolución MME 8-1112 de 2000 se establece que efectivamente la EEB participó e hizo comentarios al plan y que éstos fueron considerados en el plan revisado.

¹² La EEB participa en el CAPT, que es el Comité donde se presenta y discute el plan de expansión. El CND es invitado al CAPT y presenta el informe de las restricciones.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

por parte de uno de los proponentes, ISA en este caso, por el hecho de que el CND sea administrado en una de sus dependencias.

Para el caso particular de las interconexiones, y contrario a lo que establece la EEB, el esquema que aplica para su operación está regulado, el ingreso no está sujeto a condiciones que el CND pueda determinar y la vinculación del MEM y el CND a ISA no tiene incidencia sobre la disponibilidad de las líneas.

En esa medida, no puede afirmarse que ISA tenga una posición de dominio en el mercado relevante que se establezca, por el hecho que señala la EEB.

Esa verdad es evidente a partir de la manera general como se hace la falsa imputación.

En efecto, si se pretendiera que ISA tenía posición de dominio en al momento de la licitación UPME 01 de 2003 en razón del CND, se debió identificar cual era la variable de mercado que dependía de la información y la manera específica que ISA había implementado para manipularla.

Esa particularización no se hizo en el recurso, porque no existe.

8.9 Contar con la información del CND no implicó ventaja en esta licitación

En el mismo contexto de la explicación general anterior, para esta licitación no hizo ninguna diferencia la cercanía de ISA al CND.

8.10 El HHI no es conclusivo sobre la posición de dominio

8.10.1 Tanto, respecto de qué?

El HHI es un índice que mide la concentración de los mercados.

Para que el HHI, como índice de concentración de mercados signifique algo, es preciso, como mínimo, que se ilustre al lector con la definición del mercado que se está analizando.

En esta oportunidad, EEB no compartió con la CREG, ni con esta contraparte, esa definición.

Adicionalmente, el HHI es una forma estática de medir, en un momento en el tiempo, cual es la situación de concentración en el mercado, que es, por definición volátil y variable.

Desconocemos a que fecha se refiere el cuadro que presenta EEB a página 14 de su escrito de reposición.

En las anteriores condiciones, las cifras de la EEB, sin fuente conocida, además, carecen de valor probatorio para que a partir de ellas se pueda concluir posición de dominio para ISA.

al

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

E, igualmente grave, si fueran tenidas siquiera como indicio de esa posición dominante, al venir tan rudimentarias, no permiten que se las pueda contradecir como correspondería si se pretende honrar el derecho de contradicción de la prueba.

8.10.2 En términos generales

La presentación del HHI no es conclusiva, sino meramente indicativa respecto de la posición dominante.

En ese tanto, aún si se concordara con las cifras de la EEB, al análisis le faltarían todos los elementos señalados arriba y, al menos 3 componentes más:

- o Barreras de acceso;*
- o Barreras de salida; y,*
- o Posibilidad de cambio tecnológico.*

8.10.3 En mercados cuyas variables son reguladas

Sin entrar a cuestionar los resultados que presenta EEB sobre la aplicación del HHI, es obvio que el argumento que se elabora por la recurrente es engañoso, en la medida que intenta sacar conclusiones para la actividad de expansión, a partir de la concentración en la transmisión. Veamos:

La actividad de ISA y EEB que se está analizando, tiene 2 variables claramente diferenciables: La transmisión y la expansión.

Cómo es sobradamente conocido por la CREG, la transmisión se hace utilizando la red ya existente y en esa actividad no se presenta competencia. A cada quien se le remunera el uso de su infraestructura, sin que sea posible el desplazamiento de la demanda hacia uno u otro operador.

Por el contrario, en la expansión si existe competencia por el mercado, en la forma de convocatorias. En este segundo aspecto, salvo lo relativo a economías de escala que se comentan en otros partes de este escrito y que tienen, como lo prueban las cifras, importancia marginal, la concentración en la propiedad de la infraestructura no tiene ninguna relevancia”.

A continuación, se presenta una síntesis de los argumentos del apoderado de ISA, relacionados con las razones del recurso sobre el abuso de posición dominante que endilga a ISA:

- a) Respecto al argumento de que ISA valoró el proyecto dentro del flujo de caja de la empresa y no como un proyecto independiente y autosuficiente, manifestó el apoderado de ISA:

Afirma que la propuesta de ISA cumplió “...con la totalidad de las disposiciones legales a las que debe acomodarse”; no incurrió en los defectos que le atribuye el recurrente y, además está ordenada según lo

de

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

que se exigió en los términos de referencia de la convocatoria pública UPME 01 de 2003; y que la propuesta presentada por esta sociedad cubre sus costos.

Explica que, según el Artículo 41 de la Ley 143 de 1994, la CREG tiene la función de "... señalar la metodología para establecer el valor de los accesos a la infraestructura, teniendo en cuenta los criterios de suficiencia de la remuneración que se señalan en el Artículo 39 de la misma ley", y que "[e]l deber que le corresponde a ISA frente a esa disposición es obrar de conformidad con lo que señale el regulador, pero no, como ahora se pretende, hacer una valoración independiente para arribar a sus propias cifras".

Señala que las "las economías de escala no son ilegales"; y que "...aparecen privilegiadas en el Artículo 2 de la Ley 142 de 1994. Castigar esas economías de escala, preferiría a los competidores, en su interés particular, sobre el general y significaría trasladarle a los usuario mayores costos que los que existen en presencia de dichas economías de escala. No hay nada de malo que quien las tenga, gane. Promover la competencia no es subsidiar competidores".

Pone de presente que la EEB, "...resultó adjudicatario por un amplio margen de la convocatoria UPME 04 de 2003. El valor de la segunda oferta válida -DISTASA- fue superior en un 92%. Los trabajos a ejecutar están situados en el área de influencia de EEB", y concluye que "[d]e la anterior manera se demostró que en el negocio sí existen economías de escala, que se pueden trasladar a las ofertas y que no son ilegales".

Agrega, en relación con este mismo punto:

"Viabilidad de un proyecto y viabilidad de la empresa. Número 3.4.1 del recurso.

Cómo en otros partes del recurso (sic), en este punto es claro que EEB está obrando a "tientas", en procura de encontrar un argumento que le permita interferir con la firmeza de la decisión de la CREG, ya que las afirmaciones que está haciendo no pueden tener sustento, en la medida que esa ESP desconoce la información completa y la forma como ISA estructuró su propuesta. Pero bueno, miraremos el punto.

Tal como se detalla en otros partes de este mismo escrito, todos, pero en particular los organismos reguladores deben tener en claro que la competencia no es un privilegio de los competidores.

Por el contrario, la competencia es, como se señala en el Artículo 333 de la Constitución Política, un derecho de todos. En ese orden de ideas, contrario a lo que pretende EEB, las condiciones por las cuales debe velar la CREG no implican el aseguramiento que esa empresa reciba un trato que la deje convencida, sino unas en las cuales la libre competencia asegure el

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

resultado mas eficiente en términos de mercado y los mayores beneficios para los usuarios.¹³

Naturalmente, si, como es el caso, para obtener ese resultado es beneficioso tener en cuenta las condiciones particulares de cada empresa, sería contrario al mandato legal de la CREG hacer caso omiso de ese elemento, so pretexto de obtener unas condiciones de equilibrio entre proponentes disímiles.

La anterior claridad conceptual, tiene respaldo en la ley y los términos de la invitación que dio origen a esta discusión.

No existe ninguna norma que obligue a que los proyectos se hagan “por fuera del balance”, en la forma de una sociedad de propósito especial o, adoptando una estructura independiente y contablemente separada del proponente.

De hecho, la redacción del número 11 de la letra b del Artículo 4 de la Resolución 022 de 2001 es contundente sobre la posibilidad de que las propuestas se hagan a partir de sociedades existentes.

La interpretación que EEB hace del Artículo 4 de la Resolución 022 de 2001, en la redacción que se le dio mediante el Artículo 2 de la Resolución 085 de 2002 es equivocada.

Ciertamente, en esa norma se indica que el “... ingreso deberá reflejar los costos asociados con la preconstrucción (...) y construcción (...), el costo de oportunidad del capital invertido y los gastos de administración, operación y mantenimiento del equipo correspondiente”, pero nunca se ordenó que se incluyeran valores por encima de los que efectivamente se causarían o que se inventaran sobre-costos que no se darán, que sería lo que sucedería si se aceptara la tesis de la EEB sobre la forma como a esa entidad le habría gustado que ISA presupuestara su proyecto.

Al permitirse que los proyectos se lleven a cabo dentro de los balances de los proponentes, existen posibilidades de reducir los costos y gastos necesarios para llevar a delante los trabajos.

Obviamente, en la medida que ellos suceda, como sucedió para ISA en la convocatoria UPME 01 de 2003, el cumplimiento del Artículo se logra reflejando esa realidad en la propuesta y no inventando que los precios son mayores.

En los términos de referencia no existió ninguna disposición que obligue a que los proyectos se hagan “por fuera del balance”, en la forma de una sociedad de propósito especial o, adoptando una estructura independiente y contablemente separada del proponente.

¹³ “La competencia es un principio estructural de la economía social de mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los particulares que interactúan en el mercado, sino que propende por el interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan de una sana concurrencia” Corte Constitucional, sentencia T 616 de 2001, magistrado ponente doctor Rodrigo Escobar Gil.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Como ya se dijo, en los términos no existió ninguna limitación como la EEB pretende que la CREG aplique. Por el contrario, en el Literal i del formulario 2, modificado mediante Adendo 10, se hace claro que se deberían haber anexado los estatutos del proyecto de sociedad o de la que ya se hubiere constituido”.

- b) En cuanto al argumento del recurso según el cual la oferta de ISA sería predatoria, y tendría el doble objetivo de ser seleccionada en el proceso y eliminar del mercado a competidores, concluyó el apoderado de ISA que “No hubo oferta predatoria”, y para fundamentar su afirmación, manifestó:

“La oferta de ISA, además de que cumple con absolutamente todas las normas, de todos los niveles, a las que debió someterse, no fue en absoluto predatoria cuantitativamente, ni se dirigió a afectar a la EEB, sino a ganar la licitación en franca lid.

En este sentido ISA se ratifica en todas las afirmaciones y declaraciones que quedaron plasmadas en los documentos que conformaron sus ofertas, así como en la comunicación de respuesta al oficio CREG S-2004-000089 de enero 13 de 2004, en la seguridad que las cifras utilizadas reflejan en forma objetiva, profesional y técnica, su completo entendimiento sobre la responsabilidad asumida, el alcance de los proyectos y el compromiso de ejecutarlos en cuanto a calidad, plazo y presupuesto.

La Comisión debe tener plena certidumbre, que las ofertas formuladas por ISA incluyeron los costos de preconstrucción, construcción, el costo de oportunidad del capital invertido y los gastos de administración, operación y mantenimiento, entre otros.

Ahora, la generalidad de la respuesta anterior no implica de ninguna manera que ISA no esté en capacidad y en toda la disponibilidad de demostrar cuantitativamente las afirmaciones.

Pero, estamos convencidos, como se ha justificado que la CREG no puede en este momento entrar a hacer esa valoración.

En esa medida, si la Comisión pretende proceder según lo exigido por la EEB, quedamos a la espera de que se abra un trámite especial para ese propósito y que en él se le den a mi poderdante todas las garantías constitucionales propias del debido proceso, entre ellas la de conocer oportunamente el objeto del actuación y la de pedir pruebas”.

- c) En cuanto al argumento del recurso según el cual la oferta de ISA no cubriría la estructura total de costos del proyecto, el apoderado de esta sociedad, concluye que “[c]ontrario a lo que se supone por EEB, y tal como antes quedó muy detallado, la propuesta de ISA cubre sus costos”.

Explica, sobre este mismo punto el apoderado:

“En la presentación que el Gerente General de ISA hizo en Cartagena no se afirmó lo que la EEB pretende poner en boca de mi poderdante, de forma arreglada y fuera de contexto.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En aquella ocasión se hizo referencia a la tasa de remuneración definida para los activos existentes (no sometidos a convocatoria) en el Sistema de Transmisión Nacional, en el sentido de afirmar que una tasa de remuneración del 9% no cubre los costos de capital en Colombia, y no refleja las condiciones cambiantes que se han dado desde el momento en que se definió esa tasa, ni los riesgos a que está expuesta la actividad, especialmente el terrorismo, tal como se planteó en el documento ISA – E&D 019 de 2001, enviado a la CREG como respuesta a la Circular 18 de 2001 sobre Prevención Voladura de Torres. La preocupación manifestada en ese momento fue, y sigue siendo, sobre la tasa de remuneración de la red existente.

Sin embargo, en cualquier caso, una manifestación realizada en un evento académico no tendría la virtud legal de hacer cambiar la realidad.

Ciertamente, siendo la realidad como es, que ISA no cotizó por debajo de sus costos, esa verdad material no podría ser desvirtuada por una afirmación contraria hecha fuera de proceso.

La infracción tarifaria no es un problema de opinión, sino un asunto de hecho y, además la afirmación de EEB está fuera de contexto toda vez que el comentario de ISA en Cartagena:

- o Se refiere a la tasa de remuneración de activos existentes y no a procesos de convocatorias;*
- o No sería vinculante y resistiría el nivel de equivocación; y*
- o En cualquier caso no implica contravención a ninguna norma.*

12 Número 3.4.3 Precios ofertados y precios regulados

12.1 Ausencia de norma de intervención

La remuneración que ISA obtiene por su infraestructura es impuesta regulatoriamente y, por tanto, la oferta de ISA para la convocatoria UPME 01 de 2003, que es libre, no tenía que responder a los valores implícitos en los cargos regulados.

El principio general constitucionalmente y a nivel de las Leyes 142 y 143 es la libertad de precios. La excepción es la regulación. No existe ninguna norma que indique que ello debe ser así y las disposiciones que regulan las convocatorias no hacen ninguna referencia a esa obligación.

En ese orden de ideas, lo cierto es que con esa motivación en mente, la CREG dejó en libertad a los proponentes de presentar los precios que consideraren adecuados. ISA lo hizo, presentó el más bajo y ganó la licitación.

12.2 Los precios regulados como los de competencia, pero los de competencia, libres

La competencia es la regla y la regulación la excepción. La regulación es sólo un segundo mejor, donde la competencia no es posible. Así, el

el

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

argumento de la EEB no es cierto, dado que lo que se señala en la Resolución 026 de 1999 es que, al momento de regularse el precio se buscará que éstos se acerquen a lo que sería en un mercado competitivo y no que los del mercado competitivo se acerquen a los regulados.

12.3 Coincidencia constitucional

La anterior interpretación coincide con lo que la Corte Constitucional ha entendido razonable como manera de formar precios para los servicios públicos, si se pretende que cumplan con las características que deben tener de acuerdo con la Carta Política.

Ha dicho el máximo Tribunal que¹⁴ "... en un mercado competitivo el precio de los bienes y servicios resulta de la libre competencia entre oferentes, de acuerdo con las condiciones de la demanda. En estas circunstancias, los oferentes buscan conservar e incrementar su participación en el mercado, para lo cual si tales bienes y servicios son de igual calidad y se ofrecen en condiciones similares, es necesario que tengan precios atractivos en comparación con los de los demás productores, pues de lo contrario, sus clientes -actuales y potenciales- prefieren adquirir el bien o servicio al competidor que lo venda en mejores condiciones"

(...)

"... la teoría observa que, en condiciones de mercado competitivo, todos los productores suelen guiarse por el mismo propósito, es decir, que todos los productores intentarán disminuir sus costos, lo cual permite en el largo plazo que reduzcan sus precios de venta al tiempo que incrementan sus utilidades. Así pues, en condiciones de competencia, en teoría la mayor eficiencia del producto conlleva a un beneficio tanto para el -pues obtiene mayores utilidades por la reducción de sus costos- como para el comprador usuario -quien puede adquirir el mismo bien o servicio a menor precio-"

12.4 "Ni raja ni presta el hacha"

De paso es curioso ver ahora a la EEB argumentando el precio regulado como un referente para valorar la validez de los precios ofertados por ISA, cuando en su momento esa sociedad solicitó eliminar los rangos que se habían previsto inicialmente en los términos de referencia que dieron origen a la licitación base para la diferencia que ahora debe resolver la CREG.¹⁵

12.5 La revaloración no implica la revocatoria

Si del análisis que la CREG haga, en otro escenario, a la propuesta de ISA se desprende una revisión de la valoración actual de la red existente, es un punto que no puede afectar el criterio sobre esta decisión".

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C 150 de 2003, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ "No se ve la necesidad de de fijar un mínimo, dado que el desarrollo del proyecto está garantizado por las pólizas (con montos elevados y gravosas consecuencias comerciales derivadas de un incumplimiento) que deben constituir los proponentes y posteriormente el adjudicatario" Comunicación dirigida a la UPME fechada mayo 28 de 2003.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- d) En cuanto al argumento del recurso según el cual la oferta de ISA violaría el artículo 98 de la Ley 142 de 1994, y se constituirían las causales de abuso de posición dominante previstas en los numerales 1 y 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En relación con esta supuesta violación de normas de la competencia, expuso el apoderado de ISA:

“9.2 Interpretación exótica

Las normas de competencia no son para beneficio de los competidores. La competencia tiene como finalidad lograr mayor eficiencia del sistema para derivar los beneficios de ello para el aparato productivo, las empresas y los usuarios.

En la interpretación de EEB sólo se podrá trasladar a los usuarios un porcentaje reducido de las eficiencias.

La EEB pretende que si ISA gana la convocatoria, obtenga una renta monopólica, al cobrar más de los costos en que incurre.

Una interpretación de esa naturaleza va en contra de lo que pretende la regulación, en el sentido de otorgar las líneas al más barato.

Una interpretación en ese sentido iría en contra del carácter de “de todos” que tiene el derecho de la competencia.

En la letra a del Artículo 2 de la Resolución 85 de 2002 no se exige que la valoración se haga independiente. Allí se señala que se trata de los “costos asociados con” y aquellos en que “incurra el transmisor nacional seleccionado”

El objetivo no es el que pretende la EEB. El objetivo es que se asegure la viabilidad del proyecto y la empresa.

9.3 No hay violación del Artículo 98 de la ley 142

Tal como se demostraría en su momento y dentro del trámite legalmente previsto para ello, las “tarifas” que se ofrecieron no son inferiores a los costos operacionales. Las “tarifas” que se van a ofrecer no son inferiores a los costos operacionales promedio.

Pero más allá, ISA no hizo nada con el ánimo de desplazar competidores o de prevenir la entrada de nuevos o ganar posición dominante. ISA se limitó a presentar una oferta en los términos más competitivos posibles.

Si se interpretara que ese actuar implica abuso de posición de dominio, nadie podría volver a presentarse a las convocatorias en condiciones competitivas. Se perdería todo el sentido de la competencia por el mercado. En lugar de obtenerse los precios más bajos, se lograría un cartel de precios alrededor del más costoso!

al

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

9.4 No hay violación del Artículo 50 del Decreto 2153

EEB argumenta violación del Artículo 50, Números 1 y 5 del Decreto 2153 de 1992.

Para servicios públicos domiciliarios el Número 1 no aplica, en la medida que la obligación de las empresas de servicios públicos es más drástica, ya que no requiere de posición de dominio.

Cómo quedó claro antes, ISA no tiene posición de dominio en los términos del decreto citado.¹⁶

Además no se dan las condiciones previstas para cada uno de los tipos de abuso.

En lo relativo a los 2 numerales que EEB ha argumentado que se han violado:

ISA no hace diferenciaciones en sus precios dependiendo de la zona del país¹⁷ y no cotizó por debajo de sus costos”

En cuanto a los cuestionamientos del recurso respecto de la Decisión Andina 536, señaló el apoderado de ISA:

“13 Número 3.4.4 Decisiones andinas

13.1 Ampliación del mercado

La Decisión 536 de la Comunidad Andina de Naciones y las proyecciones de ISA a la comunidad, hacen que las cifras sobre participación en Colombia no sea conclusiva sobre la posición dominante.

No se ha identificado el mercado relevante. Ni por producto, ni por ámbito territorial. No se señalan cuales son las variables de mercado que ISA determina unilateralmente. No se indica cual es el concepto de “usuarios” que se maneja. No se sabe cual es la medición que lleva al 25%.

13.2 Incongruencia de la petición

Lo que pretende la EEB va en contra de lo ordenado en el Número 6 del Artículo 1 de la decisión, en la medida que no se obtendrían precios y costos que reflejen costos económicamente eficientes, sino todo lo contrario, se presentarían ineficacias de empresas o errores de regulación.

¹⁶ De nuestro entendimiento del funcionamiento del mercado en que se presentó ISA, con presidencia de la participación que se tengan en él, ninguno de los participantes está en capacidad de determinar directa o indirectamente el mercado

¹⁷ El costo al cual se presta el servicio de transmisión es único en el territorio colombiano, y los cargos a comercializadores remuneran el servicio en su integralidad (sin diferenciar empresas o cubrimiento). Por tanto, no es posible establecer precios diferentes para disminuir o eliminar competencia

or

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

13.3 Destinatario de la decisión

Es cierto que directamente las Decisiones de la CAN son directamente aplicables. Pero hay decisiones que comprometen a los particulares y decisiones que van dirigidas a los estados. La Decisión Andina que trae a colación la EEB compromete a Colombia y no a los particulares. Por ello, ISA no puede acudir directamente a la normatividad supranacional. No se podría, aún en el supuesto que fuera contraria al espíritu de la propuesta, condenar a ISA por haber cumplido lo que hoy en día es la ley colombiana.

Aclarado lo anterior, nótese que, contrario a lo sostenido por el recurrente, la CREG si ha dado pasos, e importantes, en la vía de cumplir con las exigencias regionales.

Descontando que impuso límites a la integración vertical, señaló topes a la participación horizontal, ha implementado decisiones para controlar los abusos por franja de potencia y por aislamientos temporales, mediante la Resolución 051 de 1998, varias veces modificada para perfeccionar el mecanismo, creó la competencia para la ejecución de los proyectos del plan de expansión del Sistema de Transmisión Nacional.

Adicionalmente y en concreto frente a ISA, mediante la Resolución 004 de 1999, le limitó el crecimiento, señalando que solamente podrá incrementar su participación cuando sea beneficiaria de procesos de selección y que no podrá adquirir participación societaria o accionaria, o incrementar la que tuviere ni adquirir activos”.

5.5 Sobre el alcance de las funciones de la CREG en la actuación que debe adelantar para oficializar los ingresos anuales esperados, expresó ISA, a través de su apoderado:

“14 Alcance de la labor de la CREG en la oficialización de ingresos. Número 4 del recurso

14.1 De acuerdo a las resoluciones CREG

A diferencia de lo que pretende la EEB, no existe en el texto de las resoluciones mediante las cuales la CREG ha señalado su forma de proceder para la aprobación de los ingresos anuales esperados, nada que permita que esa Comisión retome el análisis de las propuestas de la convocatoria UPME 01 de 2003.

La confusión en la que la EEB quiere inmiscuir a la instancia reguladora, se deriva de no leer el primer párrafo del literal b en cuestión, donde la actividad de la CREG es descrita como de “aprobación”.

El entendimiento correcto de la palabra “evaluará” del siguiente párrafo, sólo puede tener el alcance que se ha señalado en la actividad necesaria para la aprobación de los ingresos. Y, resulta que para tener por cumplidos los requisitos de fondo, dentro de su evaluación, la CREG confió en “el concepto que emita la entidad que haya adelantado el proceso de selección”,

de

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

en este caso la UPME, que certificará, como se hizo, "sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en la regulación y en esta resolución."

Así, una vez se haya producido ese concepto, como sucedió para ISA, la CREG no está jurídicamente habilitada para cuestionar lo certificado por la UPME.

14.2 En el contexto del Código Contencioso Administrativo

La certificación de la UPME y su decisión, son una decisión administrativa en firme que goza de presunción de legalidad. No puede ser desconocida por la CREG.¹⁸

Cómo ya lo expliqué en el número anterior, ello implica que las cifras de ISA deben ser aprobadas como fueron presentadas.

Sin embargo, en la diabólica posibilidad que la CREG considere que puede evaluar la propuesta de ISA, concordará conmigo en que esa función no la habilitaría para tomar las decisiones que le corresponden a la UPME, sobre quién es el adjudicatario de la convocatoria, ni para desconocer que esa unidad ya indicó que el proceso había sido válido.

En esa medida, la decisión de adjudicación no podría ser alterada por esta vía y la revocatoria de la Resolución 001 de 2004 por parte de la misma CREG sólo podría forzar a que los precios se incrementaran como lo ha pedido la EEB y que, consecuencialmente, la construcción se hiciera mas costosa, con mayores ingresos para ISA y en detrimento del país y los usuarios.

14.3 Misma situación de hecho, misma solución de derecho

Naturalmente, en el remotísimo evento que la CREG acepte la posición de la EEB, esa forma de actuar no puede ser ad hoc para las convocatorias ganadas por mi poderdante.

Deberá entonces la CREG proceder por igual para todos los procesos recientes, incluidas las adjudicaciones de las Convocatorias UPME 03 y 04, para revisar de oficio los precios ofertados y, de encontrarse algo sospechoso, proceder a la revocatoria directa de las resoluciones correspondientes.

15 Extralimitación de funciones. Números 4.3 y siguientes

Al comenzar este escrito ya expliqué cuidadosamente cómo, acceder a las peticiones de la EEB implicaría que la CREG viole sus propias competencias y acceda a las que están reservadas a otras autoridades y jurisdicciones.

Pero aprovecho para reforzar que si se obrara de ese modo, revocando la decisión recurrida por lo motivos que se han rebatido, se afectaría

¹⁸ Artículo 66 del Código Contencioso Administrativo

OL

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

seriamente el estado de derecho y se violaría el debido proceso, ya que no se actuaría frente a la autoridad competente”.

5.6 En cuanto a la solicitud de pruebas del recurrente.

Señala el apoderado de ISA que conforme al Código Contencioso Administrativo, el recurso debe resolverse de plano, “...y en consideración a que dada la competencia de la CREG las pruebas solicitadas son improcedentes e impertinentes en los términos definidos en el Código de Procedimiento Civil”, y solicita que no se decreten pruebas.

Que en el evento en que se decreten tales pruebas, solicita que se le pidan a la EEB “exactamente los mismos documentos e informaciones señaladas en el punto 2 del acápite de pruebas, respecto de su propia propuesta”, y que “...un perito experto en banca de inversión realice un cuadro comparativo del detalle de las propuestas y dictamine sobre el peso relativo que para el total tuvieron las diferencias entre ellas”.

Que en ese mismo caso, manifiesta que “la información solicitada por la EEB es privilegiada, reservada y confidencial. En esa medida, debe tratarse de la manera que se ha previsto para ese tipo de documentos y, sobre todo no ponerse a disposición de ninguno de los competidores de ISA.”

6. CONSIDERACIONES DE LA CREG

En primer lugar, se observa que gran parte del recurso se dedica a reiterar los argumentos que la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. planteó como fundamento de la solicitud que hizo a la CREG para que no se oficializaran los Ingresos Anuales Esperados, y que lejos de establecer que la decisión no se ajusta a derecho, muestran su inconformismo por el hecho de no haber sido acogidos por la Comisión en esa oportunidad.

En síntesis, el recurso es una reiteración de las razones expuestas por la EEB en el trámite de oficialización de los ingresos anuales esperados, las cuales fueron analizadas en detalle por la CREG y desestimadas por considerar claramente que no le asiste razón a esta empresa.

A continuación se analizarán las razones de inconformidad del recurso.

6.1 Sobre las peticiones del recurso.

El recurso se dirige a obtener la revocatoria del acto impugnado, y solicita que, en consecuencia, “...se evalúe la oferta presentada por la EEB para este proyecto y se oficialice el Ingreso Anual Esperado para la EEB”; o en su defecto “... que se disponga lo pertinente para que la UPME abra una nueva Convocatoria para el proyecto que fue objeto de la Convocatoria UPME 01 de 2003.”

La petición principal que sigue a la solicitud de revocatoria del acto impugnado, en tanto tiene como fin que no se oficialice el Ingreso Anual Esperado ofertado por ISA, sino el ofertado por la EEB, está encaminada directamente a

el

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

desconocer la selección que realizó la Unidad de Planeamiento Minero Energético y, por tanto, desborda el objeto de la actuación surtida ante la CREG y del acto recurrido, así como la competencia de la Comisión en esta actuación.

El trámite de oficialización del ingreso, según lo previsto en el literal b) del artículo 4 de la Resolución CREG-022 de 2001, modificada por la Resolución CREG-085 de 2002, se inicia después de que *"se haya escogido la propuesta con el menor Valor Presente de los Ingresos Anuales Esperados"*, a solicitud de *"...la entidad competente que haya adelantado el proceso de libre competencia"*, y tiene como fin *"la aprobación de los Ingresos Anuales Esperados"*.

Hechas estas precisiones, se observa que la petición bajo análisis no solo resulta inoportuna, sino improcedente ante la CREG, por cuanto, de acuerdo con las normas que reglan esta actuación, no le corresponde a la Comisión proveer sobre la escogencia de una determinada propuesta. Ése es un aspecto que le corresponde a la entidad que adelanta el respectivo proceso de selección.

Igualmente, resulta improcedente la petición subsidiaria que sigue a la solicitud de revocatoria del acto impugnado, mediante la cual se pretende que la CREG ordene a la UPME que *"... abra una nueva Convocatoria para el proyecto que fue objeto de la Convocatoria UPME 01 de 2003"*. En este caso, tanto porque excede el alcance de la actuación decidida mediante el acto recurrido y desconoce el proceso de selección adelantado por la UPME, como porque la CREG no es instancia superior de esta entidad que adelantó el proceso, para ordenarle dejar sin efectos el proceso que ésta llevó a cabo. En adición, como se ha señalado, la UPME actuó por delegación del Ministerio de Minas y Energía y no de la CREG.

A continuación se analizarán los argumentos en que el recurrente funda su solicitud de revocatoria del acto impugnado, siguiendo el orden propuesto al relatar las razones del recurso.

6.2 Respetto de la fecha del Documento CREG-004 de 2004.

El documento entregado a la EEB el 4 de febrero de 2004 corresponde a una impresión del archivo magnético que contiene el mismo documento analizado y discutido en la sesión de la CREG del 16 de enero de 2004, como puede verificarse en el compendio de documentos que se entregó ese día a los miembros de la Comisión. Sin embargo, la fecha que tiene la portada del documento entregado a la EEB no corresponde a la fecha que contiene el impreso originalmente, sino a la del día en que se imprimió esa copia, debido a que el archivo tenía actualización automática para la fecha.

Para verificar lo anterior, se puede constatar que la numeración de la copia entregada a la EEB inicia en la página 100 (la primera hoja del documento) que corresponde a la numeración consecutiva de los documentos considerados en la sesión 230 del 16 de enero de 2004.

Si bien es cierto, la fecha impresa en la copia del documento que se entregó a la EEB, no corresponde a la fecha de la impresión original, en manera alguna

dl

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

justifica las apreciaciones del recurrente en el sentido de que exista la "seria inconsistencia" que imputa a la parte motiva del acto impugnado.

6.3 Respetto de los impedimentos de funcionarios que integran la CREG.

Según consta en el Acta No. 230, en la sesión del día 16 de enero de 2004, en la cual la CREG aprobó las decisiones contenidas en la resolución recurrida, participaron: Luis Ernesto Mejía, Ministro de Minas y Energía, Presidente; Santiago Montenegro, Director del Departamento Nacional de Planeación; Juan Ricardo Ortega, Viceministro de Hacienda y Crédito Público, delegado del Ministro de Hacienda y Crédito Público según Resolución 1186 del 26 de junio de 2003, y los Expertos Comisionados.

Según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal de ISA, expedido el día 17 de febrero de 2004, y que esta sociedad aportó a la diligencia de notificación personal del acto recurrido, los señores Director del Departamento Nacional de Planeación y Viceministro de Hacienda y Crédito Público no son miembros de la Junta Directiva de ISA. El impedimento al que se refiere el recurrente, lo funda sobre su simple suposición de que estos dos funcionarios son miembros de dicha Junta.

En cuanto se refiere al señor Ministro de Minas y Energía, en primer lugar, se observa que en estricto sentido jurídico el impugnante no plantea una recusación, sino que se dirige a cuestionar la legalidad del acto por el hecho de que no se haya apartado de la decisión, como, según afirma, se lo solicitó en la comunicación a la que se refiere en el recurso.

Revisada el acta de la sesión, se encuentra que la comunicación a que se refiere el recurso fue presentada por el gerente de la EEB, cuando ya la Comisión había analizado y decidido sobre la oficialización de los Ingresos Anuales Esperados. En todo caso, enterado el Ministro sobre tal comunicación, manifestó, en esa misma sesión, que no se encuentra incurso en causal de impedimento para participar en esta decisión.

Los impedimentos son de carácter personal y corresponde al respectivo funcionario manifestar si está impedido. No es de competencia de la Comisión decidir sobre este punto.

Informado el Ministro de Minas y Energía sobre las razones del recurso sobre el supuesto impedimento, manifestó a la Comisión que no se encuentra impedido, y que considera que no está incurso en inhabilidad alguna para participar en esta decisión, por las siguientes razones:

- a) Hasta donde tiene entendido, de acuerdo a la legislación vigente, el hecho de que en cabeza del Ministro de Minas y Energía estén las funciones de Presidente de la CREG, Presidente de la Junta Directiva de ISA, y de control de tutela administrativa de la UPME, entidad adscrita al Ministerio, y para el caso delegataria del Ministerio, no se trata de actuaciones que se den por su propia voluntad, sino por lo que dispone dicha legislación.

de

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- b) Adicionalmente, la propia ley 142 de 1994, expresamente absolvió la inhabilidad de los Ministros para participar en la CREG siendo miembro de juntas de las empresas, cuando ello corresponda, sin hacer distinciones.
- c) Que no obstante la consideración de que no está impedido para actuar en la CREG, en el caso concreto de las convocatorias, siempre se separó voluntariamente del conocimiento de estos temas en la Junta Directiva de ISA, y que no tuvo ninguna participación o ingerencia en las ofertas presentadas por ISA.
- d) Que igualmente, no tuvo participación en el Comité que ISA constituyó para el manejo de lo relacionado con la oferta de ISA en las convocatorias, y que impartió instrucciones precisas para que el Viceministro de Minas y Energía no participara en dicho Comité.
- e) Que tampoco tuvo participación alguna en el trámite o desarrollo de las convocatorias que adelantó la UPME.

6.4 Sobre la supuesta obligación de evaluar el proyecto de manera individual.

Este argumento lo plantea el recurso sobre estos dos supuestos:

- i) Que el Ordinal I del literal a) del Artículo 4o. de la Resolución CREG-022 de 2001, modificada por la Resolución CREG-085 de 2002, obliga a que cada proyecto se evalúe de manera independiente, o a contrario sensu, que prohíbe que el proyecto se evalúe dentro del balance de una empresa existente, o como lo expresa el recurrente, "dentro del flujo de caja de la empresa"; y
- ii) Que tal obligación o prohibición tendría como objeto "*asegurar la existencia de condiciones neutrales de competencia entre los participantes*". El recurrente supone que una de las razones por las cuales ISA habría incurrido en abuso de posición dominante, es por no haber valorado el proyecto de manera independiente, lo cual lleva a concluir que la hipotética obligación estaría orientada a prevenir el abuso de posición dominante.

Ninguno de estos supuestos es válido, como pasa a explicarse.

La norma a la que el recurrente atribuye tales efectos es la siguiente:

"a). Determinación del Ingreso Anual.

- I. El Ingreso Anual Esperado estará expresado en dólares constantes del 31 de diciembre del año anterior al año en el cual se efectúe la propuesta, para cada uno de los veinticinco (25) años del flujo de Ingresos, contados desde la fecha prevista para la puesta en operación del proyecto. **Este Ingreso deberá reflejar los costos asociados con la Preconstrucción (incluyendo diseños, servidumbres, estudios y licencias***

de

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

ambientales) y construcción (incluyendo la interventoría de la obra y las obras que se requieran para la viabilidad ambiental del proyecto), el costo de oportunidad del capital invertido y los gastos de administración, operación y mantenimiento del equipo correspondiente. Adicionalmente, se entiende que el Ingreso Anual Esperado presentado por el proponente, cubrirá toda la estructura de costos y de gastos en que incurra el Transmisor Nacional seleccionado, en desarrollo de su actividad y en el contexto de las leyes y la reglamentación vigente". (El énfasis es del recurrente).

El aparte normativo destacado por el recurrente no exige que el respectivo proyecto sea valorado como "un proyecto independiente y autosuficiente", esto es, por fuera "del flujo de caja de la empresa".

Como se explicó en el Documento CREG-0004 de 2004, esta norma constituye parte de la metodología de remuneración de la expansión del STN, y lo que hace es poner en cabeza de cada uno de los oferentes la obligación de determinar e incluir en sus ofertas todos los costos y gastos asociados con el proyecto, así como la remuneración del capital. En opinión de la CREG, ese es el sentido y alcance propio de la norma.

Lo que se debe cumplir, de acuerdo con esta norma, es que el ingreso ofertado incluya los costos y gastos asociados con el proyecto, así como la remuneración del capital, independientemente de la forma como se valore el proyecto, esto es, si se evalúa individualmente, o si se hace dentro del balance de la empresa.

Para cumplir esta exigencia la norma no impone una de estas dos modalidades, ni discrimina entre ellas, razón por la que no resulta válido que el intérprete haga tal distinción para efectos de determinar el sentido y alcance de dicha norma.

Por otro lado, si la norma expresamente no prohíbe que el proyecto se evalúe dentro del balance de la empresa, no se puede derivar tal efecto por vía de interpretación, pues, en estricto sentido jurídico, las prohibiciones deben estar expresamente establecidas.

Pero aún mas, el mismo ordinal I citado, en su parte final, al atribuirle los efectos jurídicos a la oferta que presente un inversionista, dispuso que "... se entiende que el Ingreso Anual Esperado presentado por el proponente, cubrirá toda la estructura de costos y de gastos en que incurra el Transmisor Nacional seleccionado, **en desarrollo de su actividad...**" (destacamos), sin limitarla exclusivamente a la que realizará con el respectivo proyecto.

Ahora bien, puede que los resultados de la evaluación de un proyecto sean diferentes si el mismo se evalúa como una "empresa proyecto" o incluido dentro del balance de una empresa existente. Sin embargo, las resoluciones de la CREG que regulan la expansión del STN, no establecen la obligación de que sean evaluados únicamente como proyectos "independientes y autosuficientes", ni prohíbe que se valoren dentro del balance de la empresa oferente.

er

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Por lo anterior se concluye que, de acuerdo con las normas vigentes, en este caso la Resolución CREG-022 de 2001, modificada por la Resolución CREG-085 de 2002, para efectos de la determinación del Ingreso Anual Esperado, el proyecto se podía evaluar bajo cualquiera de las dos formas a que se refiere el recurrente, y no exclusivamente como, se ha dado en denominarlo, un "proyecto independiente y autosuficiente". Lo que sí disponen las normas bajo análisis es que, independientemente de cuál de estas dos modalidades haya utilizado el proponente para evaluar el proyecto, **se entiende** que el ingreso ofertado cubrirá toda la estructura de costos y de gastos en que incurra el Transmisor Nacional seleccionado, en desarrollo de su actividad, lo cual, desde el punto de vista jurídico, no deja duda alguna en cuanto a que efectivamente la oferta presentada cubre toda la estructura de costos y gastos del proyecto.

En consecuencia, según estas normas, la decisión de evaluar el proyecto de manera independiente, o dentro del balance de la empresa, es asunto que correspondía analizar y decidir a cada oferente, regla que, por estar vigente desde 2001, aplicaba en igualdad de condiciones para todos los interesados en presentar ofertas.

En adición, la Resolución CREG-022 de 2001, artículo 10, expresamente estableció reglas "...para prevenir el abuso de posición dominante de las empresas, y para evitar la concentración de la propiedad accionaria", en la actividad de transmisión, entre las cuales no se encuentra prohibición alguna que impida evaluar los proyectos dentro del balance de la empresa.

6.5 Sobre la imputación de abuso de posición dominante a ISA.

Se entiende del recurso, que los motivos de inconformidad relacionados con este punto, se centran en dos aspectos: Las condiciones bajo las cuales se debió adelantar el proyecto, y la oferta presentada por ISA.

- a) El primero, se dirige a cuestionar que el proceso adelantado por la UPME, y que terminó con la selección de la oferta de ISA, no reunió condiciones adecuadas para garantizar la libre competencia. Según el recurrente, en tanto ISA tiene participación mayoritaria en los ingresos totales de la actividad de transmisión nacional y el Centro Nacional de Despacho como una de sus dependencias, su participación obligatoria en este proceso afectaría las condiciones de libre competencia, como lo señaló en las comunicaciones que dirigió a la CREG en el año de 2003.

En relación con este mismo punto, cuestiona a la CREG por el hecho de haber aprobado los ingresos ofertados por ISA, sin haber "establecido" si el proceso efectivamente se adelantó bajo condiciones de libre competencia.

El recurrente manifiesta que antes de que se abriera la convocatoria, solicitó a la CREG que analizara la situación relacionada con la obligación impuesta a ISA de ofertar en estos procesos y con el hecho tener a su cargo el Centro Nacional de Despacho como una de sus dependencias, y da a entender que esta entidad no atendió su solicitud.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Este último cuestionamiento falta a la verdad, pues tal solicitud, radicada en la CREG bajo el No. 2549, fue analizada y respondida detalladamente mediante comunicación S-2003-02023 del 19 de junio de 2003, en la cual se expusieron las razones jurídicas por las cuales se considera que legalmente ISA está obligada a ofertar en los procesos de selección para la expansión del STN, y las razones por las cuales la situación *per se* de que el Centro Nacional de Despacho sea una dependencia de ISA no debe influir en las condiciones para que el proceso sea competitivo. Que no se hayan compartido las razones del peticionario no significa que no se hayan atendido.

En particular, se reitera que, por mandato legal, la operación del Centro Nacional de Despacho debe hacerse con sujeción al Reglamento de Operación expedido por la CREG. En esta normatividad está previsto que dicha operación se haga con total independencia de la actividad de transmisión y sin que se le otorgue preferencia o discriminación alguna a favor de ISA.

Por otro lado, antes de la apertura de la respectiva convocatoria, el Comité de Expertos de la CREG revisó los Documentos de Selección que contenían las condiciones bajo las cuales se iba a adelantar el proceso, tal como está previsto en la Resolución CREG-022 de 2001, e hizo los comentarios que consideró pertinentes según comunicación S-2003-002646.

No es de competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas revisar el procedimiento adelantado por la UPME. Es de la entera responsabilidad de la entidad que adelanta el proceso, velar porque el mismo se lleve a cabo bajo las condiciones establecidas en la normatividad vigente y en los Documentos de Selección, y para decidir sobre la solicitud de aprobación del ingreso ofertado por el inversionista seleccionado no le corresponde a la CREG "demostrar" que efectivamente el proceso se adelantó con sujeción a las reglas preestablecidas, como lo sugiere el recurrente.

En relación con este punto, la resolución CREG-022 de 2001 expresamente establece que *"[l]a solicitud de oficialización del ingreso deberá estar acompañada del concepto que emita la entidad que haya adelantado el proceso de selección, sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en la regulación y en esta Resolución, así como con los Documentos que hayan servido de base para adelantar el respectivo proceso de libre competencia"*. Como se señaló en el acto recurrido, en el trámite concluyó con dicho acto la UPME conceptuó sobre el cumplimiento de los mencionados requisitos.

En síntesis, la CREG no solamente analizó esta situación cuando la EEB la planteó antes de abrir la convocatoria, y dio respuesta en esa oportunidad al peticionario; sino que además revisó los Documentos de Selección, tal como está previsto en la Resolución CREG-022 de 2001. Ahora bien, tales cuestionamientos, reiterados a través del recurso, resultan inoportunos frente al trámite surtido ante la CREG para la oficialización de los ingresos anuales esperados al inversionista seleccionado, pues como se ha expuesto, no es del objeto de esta actuación revisar el procedimiento adelantado por la UPME.

- b) El segundo aspecto de este punto está dirigido a cuestionar directamente la oferta presentada por ISA porque, en opinión del recurrente, es predatoria y constitutiva de abuso de posición dominante.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En relación con este mismo punto, afirma que en el acto impugnado se descontextualizó la Sentencia C-150 de 2003, porque esta proveyó sobre una situación general y abstracta y no sobre una situación particular y concreta; y acusa a la Comisión de ser cómplice de ISA en la realización de una conducta prohibida por la ley, complicidad por la que, en su opinión, podría ser enjuiciada por el Tribunal Andino.

El argumento en el sentido de que la oferta presentada por ISA constituye abuso de posición dominante, fue presentado por la EEB como sustento de la solicitud que hizo a la CREG para que no se oficializara el ingreso, y considerado por la Comisión en el Documento CREG-004 de 2004, que contiene los análisis y la propuesta que dio origen a la expedición del acto impugnado.

En esa oportunidad, se dijo:

“Para la Comisión es claro que la ley no le atribuye la facultad de investigar y determinar si determinada conducta realizada por un agente constituye un abuso de posición dominante.

Según el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por la Ley 689 de 2001, es competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, “adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994”.

Por otra parte, según el Decreto 2153 de 1992, la autoridad competente para conocer de las conductas sobre abuso de posición dominante definidas en dicha normatividad, es la Superintendencia de Industria y Comercio”.

La situación sigue siendo la misma. No encuentra la Comisión que existan nuevas razones que la lleven a adoptar una conclusión en sentido contrario.

En adición, debe tenerse en cuenta que la transmisión de energía eléctrica, por su naturaleza, es una actividad monopolística, y si bien, la Comisión ha establecido reglas para promover la competencia por la entrada al mercado, no significa que por este hecho se dé competencia en el mercado. Es decir, las convocatorias pueden ser un mecanismo válido para lograr un mejor precio en la ejecución de los proyectos de expansión, pero no para eliminar el monopolio natural en la actividad de transmisión.

En una actividad monopolística, como la transmisión de energía eléctrica, generalmente se encuentran altos índices de concentración de la propiedad, situación que es considerada tanto para efectos de establecer la remuneración que se reconocerá a los monopolistas, así como para establecer las normas bajo las cuales se prestará el servicio. Pero, en tanto el Sistema de Transmisión Nacional es uno solo, los transmisores dueños de los activos que conforman dicho Sistema no compiten entre sí por la realización de la actividad.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Donde sí es posible la competencia, como lo consideró la Comisión desde el año de 1998, es por la entrada al mercado, esto es, en la escogencia de los proyectos de expansión. Como se concluye de las normas adoptadas desde esa época, si bien la participación que tengan los transmisores en el Sistema de Transmisión Nacional, o en otras palabras la concentración de la propiedad en la actividad, es relevante, no es una situación que *per se* impida o deba impedir la competencia por la expansión del Sistema, por la potísima razón de que la competencia por la expansión, según las normas adoptadas desde ese entonces, no está reservada exclusivamente a quienes tienen la participación en el Sistema, sino que en ella puede participar cualquier persona interesada.

Igualmente, no existe una limitación para adquirir participación en la actividad de transmisión como resultado de la expansión del sistema realizada a partir de convocatorias. Se reitera que esta es una actividad monopolística y como tal es normal que puedan existir altas concentraciones.

Entendemos que, por estas razones, desde 1998, cuando en su momento la Comisión reguló la materia, se consideró que la participación que tenía ISA en el Sistema de Transmisión desde esa época, no es un impedimento para que los procesos de selección de los inversionistas se hagan bajo libre competencia, sino por el contrario, que su participación en tales procesos puede ser un mecanismo que estimule aun mas la competencia.

Como está previsto en la ley 142 de 1994, artículo 73, la función de la Comisión debe encaminarse a promover la competencia cuando de hecho es posible, como en efecto lo ha hecho en lo relacionado con la ejecución de los proyectos de expansión. Y donde la competencia no es posible, corresponde a la Comisión regular los monopolios para que las operaciones de los monopolistas sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

Una vez que se ha obtenido un precio de mercado, como el resultado de la convocatoria, y se ha seleccionado, en condiciones de libre competencia, al inversionista que ejecutará y operará el proyecto, no quiere ello decir que éste entrará a competir con los demás agentes que prestan el servicio de transmisión, pues como hemos dicho esta actividad es monopolística por naturaleza, y además, el objeto de los proyectos de expansión no es crearle competencia a la actividad que se desarrolla con los activos existentes, como parece entenderlo el recurrente. Por tal razón, está previsto en la propia Resolución CREG-022 de 2001, que una vez escogido el respectivo inversionista, la remuneración correspondiente al proyecto también se somete a regulación (Ingreso Regulado) al igual que los demás ingresos del Sistema de Transmisión Nacional, de acuerdo con las normas que la misma Comisión estableció y que está obligada a cumplir.

Entiende la Comisión que la prohibición de precios predatorios, según lo previsto en la Ley 142 de 1994, buscan impedir que el monopolista reduzca sus precios con el fin de sacar del mercado a sus competidores para volver a incrementarlos una vez que ha eliminado la competencia. Una vez aprobado el ingreso regulado por la CREG, el inversionista seleccionado no puede incrementar el precio, pues precisamente su ingreso ya le fue fijado por la regulación, y no podría ejercerse el precio preatorio.

or

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Ahora bien, desde el año de 1994, las metodologías establecidas por la CREG para la remuneración de la actividad de transmisión, incluyendo la vigente, son de Ingreso Regulado. Y según la metodología vigente, principalmente desde el año 2000, los mayores o menores ingresos que puede obtener una empresa en el Sistema de Transmisión Nacional obedecen específicamente a la mayor o menor participación que tenga en la propiedad de dicho Sistema, condición que como se ha manifestado, no puede constituir por si misma un indicio de abuso de posición dominante.

Por otro lado, resulta inane señalar, como lo hace el recurrente, que en el Documento CREG-004 de 2004 se hubiera pretendido concluir que la situación particular a resolver en esta actuación estuviera prevista por la H. Corte Constitucional en la citada Sentencia C-150 de 2003. Para la Comisión es perfectamente claro que dicho pronunciamiento tiene un carácter general. Pero también es evidente para la Comisión que, en tanto los procesos de selección fueron diseñados como un mecanismo para introducir eficiencia en la expansión del Sistema de Transmisión Nacional, a través de la promoción de la libre competencia, resultan aplicables a tales procesos los criterios generales señalados en dicha sentencia.

En cuanto a las imputaciones que hace el recurrente a los miembros de la CREG, de ser cómplices de ISA en la realización de supuestas conductas ilícitas, no solamente rayan en lo irrespetuoso, por decir lo menos, sino que carecen de todo fundamento.

Entiende la Comisión que el Tribunal Andino es un mecanismo legítimamente establecido para resolver los conflictos entre los países miembros de dicha Comunidad, y a él pueden acudir libremente quienes tengan legitimación para hacerlo. Lo que resulta inaceptable para la CREG, es que se utilice como medio de intimidación para obligar a que una entidad pública asuma funciones que no le corresponden, como en este caso se pretende con la CREG, respecto de la investigación de supuestas conductas abusivas de posición dominante.

6.6 Sobre la obligación de la CREG de evaluar la oferta.

En síntesis, manifiesta el recurrente que la obligación de la CREG es evaluar y no asumir, razón por la cual imputa a la Comisión error en cuanto a la interpretación del alcance de sus funciones.

Manifiesta que existe incongruencia en la interpretación que hizo la CREG porque si bien se abstuvo de evaluar de fondo la oferta, concluyó que *"..no se evidencia indicio de que esta sociedad haya incumplido la obligación establecida en la Resolución CREG-022 de 2001, de incluir en su oferta toda la estructura de costos y gastos del proyecto"*.

En primer lugar, señalamos que la conclusión de la CREG en este punto, no es como lo pretende el recurrente, que no se debe hacer evaluación alguna. Eso no se concluyó en el Documento CREG-004 de 2004 ni en el acto recurrido. En efecto, allí se hizo la evaluación sobre los puntos que, en opinión de la Comisión, debe evaluar.

da

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En cuanto se refiere al ingreso ofertado por el inversionista seleccionado, la Comisión concluyó:

“Esta Resolución [022 de 2001] contiene las reglas que debe aplicar la CREG para efectos de evaluar las ofertas sometidas a su aprobación. Para el caso concreto, específicamente dispone:

“La CREG evaluará y decidirá mediante Resolución sobre la aprobación de los Ingresos Anuales Esperados, de acuerdo con las siguientes reglas:

(...)

VI. Cuando en un Proceso de Selección solamente resulte un único proponente, ya sea por ser el único que cumple con los requisitos exigidos o por ser el único que se presente, la selección estará sujeta a revisión previa de la CREG.

VII. El Ingreso Anual Esperado correspondiente a la propuesta escogida y sometida a aprobación de la CREG, remunera la totalidad de las inversiones correspondientes al respectivo proyecto, por tal razón el inversionista que haya presentado dicha propuesta asumirá la responsabilidad y el riesgo inherentes a la ejecución y explotación del proyecto, de conformidad con lo establecido en el Artículo 85 de la Ley 143 de 1994”. (Destacamos).

No queda la menor, según estas normas que la revisión previa a la selección, por parte de la CREG está prevista únicamente para el caso en que en el proceso de selección resulte un único proponente.

En cuanto a las inversiones, la norma transcrita asume que el Ingreso Anual Esperado correspondiente a la propuesta escogida, remunera la totalidad de las inversiones, y que por tal razón el inversionista debe asumir la responsabilidad y los riesgos inherentes a la ejecución del proyecto. Es decir, la metodología estableció, con antelación, que la propuesta incluye la totalidad de las inversiones, razón por la cual, para efectos de la aprobación de la oferta, la CREG está relevada de hacer una evaluación distinta de la de asumir, como establece la norma, que la oferta incluye todas las inversiones.

Téngase en cuenta, además, que la resolución CREG-022 de 2001, modificada por la Resolución 085 de 2002, es reiterativa en cuanto a los efectos que atribuye a las ofertas presentadas. Además de esta norma que acabamos de analizar, reiteramos que esa misma resolución dispone que:

“...se entiende que el Ingreso Anual Esperado presentado por el proponente, cubrirá toda la estructura de costos y de gastos en que incurra el Transmisor Nacional seleccionado, en desarrollo de su actividad y en el contexto de las leyes y la reglamentación vigente”. (Destacamos).

Nótese que según esta norma, la Comisión debe asumir que el Ingreso Anual presentado por el proponente, cubrirá toda la estructura de costos y de gastos en que incurra el transportador.

dl

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Este punto resulta de la mayor relevancia frente a la recomendación del señor Procurador, por cuanto esta norma establece certeza jurídica en cuanto a que la oferta presentada por cualquier proponente cubre la estructura de costos, a tal punto que, en concordancia con lo dispuesto en la citada regla VII del literal b), del artículo 4 de la Resolución 022 de 2001, el agente debe asumir en integridad la responsabilidad y los riesgos del proyecto, lo cual descarta cualquier posibilidad de reclamación, por parte del oferente, por posible omisión de costos en la oferta.

En conclusión, de acuerdo con lo establecido en el literal b) del artículo 4 de la Resolución CREG-024 de 2001, para la probación de los Ingresos Anuales Esperados, jurídicamente, la CREG debe asumir que los Ingresos Anuales Esperados ofertados por ISA incluyen toda la estructura de costos y gastos”.

No le asiste duda a la Comisión respecto a que, de acuerdo con estas reglas, se debe entender que la oferta sometida a su aprobación cubre todos los gastos y costos del proyecto, y que ese es el alcance que le debe dar en el caso concreto de la oferta sometida a su aprobación, sin que deba hacer evaluación adicional alguna.

Bajo el purismo con el que recurrente pretende entender el verbo “evaluar” utilizado en el primer párrafo del literal b) del artículo 4, de la Resolución CREG-022 de 2001, modificado por la Resolución CREG-085 de 2002, la Comisión debería tasar la estructura de costos y gastos del proyecto, a partir de cálculos, peritajes y otra prácticas de pruebas y verificar o establecer si la oferta sometida a su aprobación cubre dicha estructura.

No obstante, según la metodología de determinación del ingreso anual esperado contenida en la Resolución CREG-022 de 2001, el proponente debe tasar toda la estructura de costos y gastos del proyecto, la misma bajo la cual está dispuesto a competir en la convocatoria, y la misma bajo la cual debe asumir la ejecución y operación del proyecto; e incluirla en su oferta. Y una vez presentada la oferta, “se entiende que el Ingreso Anual Esperado presentado por el proponente, cubrirá toda la estructura de costos y de gastos en que incurra el Transmisor Nacional seleccionado, en desarrollo de su actividad y en el contexto de las leyes y la reglamentación vigente”.

Si los costos y gastos del proyecto ya fueron tasados por el oferente, se concluye que lo que pretende el recurrente es que la Comisión verifique si efectivamente incluyó todos los costos, verificación inocua frente a la norma jurídica que da por establecido, con fuerza vinculante, que efectivamente los cubre.

Aceptar el alcance que el recurrente pretende darle a la tarea que debe cumplir la CREG en el trámite de aprobación del ingreso ofertado, dejaría sin efectos jurídicos, no solamente las normas de la resolución CREG-022 de 2001, según las cuales se entiende que la oferta cubre toda la estructura de costos, sino también la finalidad del proceso de escogencia. Elementales reglas de hermenéutica jurídica enseñan que las normas se deben interpretar para hacerles producir efectos y no para negarlos o hacerlos nugatorios.

Como se ha señalado, en este caso la CREG evaluó lo que por mandato de la Resolución CREG 022 de 2001, modificada por la resolución CREG-085 de

01

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

2001, debe evaluar. En cuanto a la oferta, se reitera que jurídicamente está previsto en estas normas que se entiende que la misma cubre toda la estructura de costos y gastos del proyecto.

Finalmente, en cuanto a la pretendida inconsistencia, que imputa el recurrente a la CREG, por haber concluido que *"...para el caso concreto, encuentra la Comisión que según la información aportada por Interconexión Eléctrica S.A. ESP, no se evidencia indicio de que esta sociedad haya incumplido la obligación establecida ...de incluir en su oferta toda la estructura de costos y gastos del proyecto"*, sin haber verificado si efectivamente los cubre, encuentra la Comisión que no hay tal inconsistencia, pues existe norma jurídica que atribuye esa certeza.

La ley 142 de 1994, artículo 73.18, faculta a la Comisión para "[p]edir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta ley". Bajo la certeza jurídica que atribuyen los ordinales I del literal a) y VII del literal b) del artículo 4o. de la Resolución CREG-022 de 2001, a la oferta que en este caso fue remitida para aprobación de la CREG, no evidencia la CREG un indicio en sentido contrario, como se concluyó en el Documento CREG-004 de 2004.

6.7 Solicitud de Pruebas

La Ley no prevé que en el trámite del recurso de reposición se deban decretar pruebas. Por el contrario, establece el Artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, como regla general, que este recurso se resuelva de plano. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que bien puede la entidad decretar las pedidas en el recurso o decretarlas de oficio. En todo caso, el decreto de tales pruebas está sujeto a las condiciones de pertinencia y conducencia de las mismas.

En el presente caso las pruebas tienen como fin que la CREG evalúe si la oferta de ISA cubre todos los costos y gastos del proyecto y si la misma constituye abuso de posición dominante. En cuanto a lo primero, las pruebas solicitadas resultan inconducentes e inocuas, por cuanto, como se ha reiterado, según lo dispuesto en la Resolución CREG-022 de 2001 se debe entender que la oferta cubre todos los costos y gastos del proyecto; y en relación con lo segundo, las pruebas pedidas resultan impertinentes, por cuanto el objeto de esta actuación no es el determinar si ISA incurrió en abuso de posición dominante.

Por las anteriores razones se negarán las solicitudes contenidas en el recurso de reposición, y en consecuencia se confirmará el acto recurrido en todas sus partes.

Con fundamento en lo anterior,



Por la cual se resuelve un recurso de reposición

RESUELVE:

Artículo 1. Negar las solicitudes contenidas en el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. (EEB), contra la Resolución CREG 001 de 2004, y en consecuencia confirmar dicho acto en todas su partes.

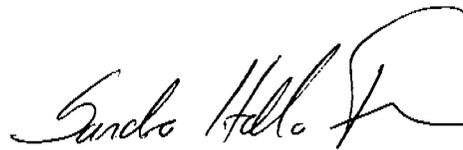
Artículo 2. Notificar personalmente el contenido esta Resolución a los representantes legales de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. y de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y hacerles saber que contra lo dispuesto en ella no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los **30 MAR. 2004**



LUIS ERNESTO MEJIA CASTRO
Ministro de Minas y Energía
Presidente



SANDRA STELLA FONSECA ARENAS
Directora Ejecutiva

