



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 004 DE 2007

(31 ENE. 2007)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994 y de acuerdo con los Decretos 1524 y 2253 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que mediante la Resolución CREG 022 de 2001, modificada por las Resoluciones CREG 085 de 2002 y CREG 105 de 2003, se establecieron los principios generales y los procedimientos para definir el plan de expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional y se estableció la metodología para determinar el Ingreso Regulado por concepto del Uso de este Sistema, en la cual dispuso que la expansión del STN 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 a través de procesos que estimulen y garanticen la libre competencia;

Que en el artículo 4 de la citada Resolución CREG 022 de 2001, modificado por la Resolución CREG 085 de 2002, se estableció que las inversiones que se ejecuten a partir de los procesos de libre concurrencia se remuneren 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;

Que la UPME, una vez adelantada la Convocatoria Pública UPME-01-2003, informó a la CREG 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, lo cual hizo la CREG, para el caso de la convocatoria UPME-01-2003, mediante la resolución 001 de 2004, en la que se tomó como fecha para el inicio de los pagos del Ingreso Anual Esperado el 1 de octubre de 2007, correspondiente a la definida en los Documentos de Selección como fecha prevista para la puesta en operación del proyecto;

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Que mediante la Resolución CREG-002 del pasado 19 de enero de 2007, a solicitud de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., la Comisión modificó las fechas oficiales correspondientes a los Ingresos Anuales Esperados señaladas en la Resolución CREG-001 de 2004, por haber entrado el proyecto operación antes de la fecha prevista en los respectivos Documentos de Selección, esto es, el 31 de diciembre de 2006, para dar inicio a los pagos a partir del 1 de febrero de 2007;

Que Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., actuando a través de apoderado, interpuso oportunamente recurso de reposición contra la resolución CREG-002 de 2007, con el objeto y los motivos de inconformidad que se analizan enseguida.

1. Objeto del Recurso.

El recurso pretende que se modifique el artículo 1 del acto recurrido *"de modo que se reconozca como fecha para el inicio del pago del Ingreso Anual Esperado el 1 de enero de 2007, teniendo en consideración la fecha de puesta en operación"* y se hagan las modificaciones correspondientes en la fecha de inicio de cada una de las 25 anualidades.

2. Motivos de Inconformidad.

En síntesis, el recurso plantea los siguientes:

- Está demostrado que los activos entraron en operación el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con la Resolución No. 18 0256 del 3 de marzo de 2006, mediante la cual el Ministerio de Minas y Energía, *"recomendó adelantar las Fechas de Entrada en Operación de los Proyectos Primavera-Bacatá 500 kV, y obras asociadas, para el 31 de diciembre de 2006 y Bolívar - Copey - Ocaña - Primavera 500 kV y obras asociadas, para el 31 de marzo de 2007"*, y que se cumplen los requisitos exigidos para modificar las fechas oficiales correspondientes a los ingresos.
- La Resolución CREG-085 de 2002 y los documentos de selección establecen que los 25 años del ingreso anual esperado, son *"contados desde la fecha prevista para la puesta en operación del proyecto"*.
- Que existe una relación directa entre el ingreso anual esperado, el flujo de ingresos y la fecha de entrada en operación del proyecto, según la cual la *"fecha de ingresos"* que apruebe la CREG debe tener como referencia *"la fecha real de entrada en operación"*. Según el recurso, la resolución 085 de 2002, permite modificar esa fecha, pero *"el Ingreso Anual Esperado para los 25 años del flujo de ingresos, **se inicia desde la fecha prevista para la puesta en operación del proyecto** y que el Ingreso Anual que aprueba la CREG es el Ingreso Anual Esperado propuesto en la Oferta por inversionista, el cual está directamente vinculado con el flujo de ingresos, que a su vez está determinado por unos valores (ingresos anuales), **una fecha de inicio (fecha de entrada en operación del proyecto)** y un periodo de tiempo (25 anualidades)"*. (Destacado en el texto original)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- La Resolución que modifica la fecha de inicio de pago del Ingreso Anual Esperado *“es un acto declarativo, pues declara la ocurrencia de determinadas situaciones ya cumplidas, sin que ello implique que se esté devolviendo en el tiempo o que tenga efectos hacia el pasado”*.

3. Análisis de los motivos de inconformidad del recurso.

3.1. En cuanto a los argumentos relacionados con la entrada en operación del proyecto.

Como se dispuso en el acto impugnado, la Comisión modificó las fechas oficiales correspondientes al Ingreso Anual Esperado aprobado para el proyecto Primavera - Bacatá 500 kV, por haberse establecido que el mismo ya entró en operación. Luego este punto, así como la consecuente procedencia de la modificación de las señaladas fechas oficiales, no es objeto de discusión.

3.2. En cuanto a la relación directa entre el ingreso anual esperado, el flujo de ingresos y la fecha de entrada en operación del proyecto, según la cual la *“fecha de ingresos”* que apruebe la CREG debe tener como referencia *“la fecha real de entrada en operación”*.

Esta relación la deduce el recurrente del Literal a), numeral I, del Artículo 4 de la Resolución CREG-022 de 2001, que establece que *“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**”*. (Destacamos).

Como se observa, esta norma se refiere a la forma como se debe expresar el Ingreso Anual Esperado, para cada uno de los veinticinco años del flujo de ingreso, los cuales se deben contar desde la fecha prevista para la puesta en operación.

En cuanto a liquidación, facturación y pago del Ingreso Anual Esperado, el citado artículo 4, en su numeral II, inicialmente dispuso:

*“II. El Ingreso Anual que percibirá el proponente seleccionado para el proyecto, **durante los primeros veinticinco (25) años de su puesta en operación**, será igual al Ingreso Anual Esperado propuesto. La liquidación y pago mensual del Ingreso correspondiente se actualizará anualmente con el Producer Price Index, y se efectuará en pesos colombianos sobre una base mensual calendario, dividiendo por doce (12) dicho Ingreso y actualizándolo con la Tasa de Cambio Representativa del Mercado del último día hábil del mes a facturar, publicada por el Banco de la República. **Para la facturación, liquidación y pago del primer mes de Ingresos, se tomará en cuenta el primer mes calendario completo de puesta en servicio**. En consecuencia no se reconocerá facturación por fracción de mes”*. (Se destaca).

Sin embargo, esta norma fue modificada por el artículo 2 de la Resolución CREG-085 de 2002, así:

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

“II. El Ingreso Anual que percibirá el proponente seleccionado para el proyecto, durante cada uno de los veinticinco (25) años del flujo de Ingresos aprobado por la CREG será igual al Ingreso Anual Esperado propuesto. La liquidación y pago mensual del Ingreso correspondiente, se actualizará anualmente con el Producer Price Index, y se efectuará en pesos colombianos sobre una base mensual calendario, dividiendo por doce (12) dicho Ingreso y utilizando la Tasa de Cambio Representativa del Mercado del último día hábil del mes a facturar, publicada por el Banco de la República. Para la facturación, liquidación y pago del primer mes de Ingresos, se tomará en cuenta el primer mes calendario completo del flujo de ingresos aprobado por la CREG. En consecuencia no se reconocerá facturación por fracción de mes”. (Destacamos).

Como se observa, mientras que inicialmente la resolución CREG-022 de 2001 expresamente vinculaba el inicio de la facturación, liquidación y pago del Ingreso Anual Esperado a la fecha de puesta en operación del proyecto, con la modificación introducida por esta última norma, dicha vinculación no es expresa.

Según las motivaciones que tomó en cuenta la Comisión para estas últimas modificaciones, esto se debe a que mediante la modificación introducida con la Resolución CREG-085 de 2002, si la fecha de entrada en operación es postergada por razones no imputables al inversionista, *“se sigue aplicando la norma establecida en el presente Numeral, y no se desplazará en el tiempo el flujo de Ingresos aprobado por la CREG”*, como lo dispuso esta última norma. Por lo que tiene sentido que no se haya vinculado expresamente el inicio de los pagos a la fecha de entrada en operación, porque si se modifica tal fecha por hechos ajenos al inversionista, los pagos se iniciarán con independencia de la entrada en operación.

Ahora bien, la misma norma en comentario también prevé que el proyecto pueda entrar en operación anticipadamente, vale decir, antes de la fecha establecida en los Documentos de Selección para la puesta en operación del proyecto, y prevé que la CREG puede modificar las fechas inicialmente oficializadas para el inicio de los pagos del correspondiente ingreso, al presentarse tal situación fáctica. En este caso, como ya se dijo, la norma referente a la liquidación, facturación y pagos no vincula expresamente el inicio de estas actividades con la fecha de puesta en operación.

Sin embargo, encuentra la Comisión que la citada norma sí dispone expresamente que *“el Ingreso Anual que percibirá el proponente seleccionado para el proyecto, durante cada uno de los veinticinco (25) años del flujo de Ingresos aprobado por la CREG será igual al Ingreso Anual Esperado propuesto”* (Destacamos), y este último, por mandato del numeral I, atrás citado, está expresado con referencia a la fecha de puesta en operación del proyecto.

Por lo anterior se concluye que existe norma jurídica que garantiza al inversionista que el ingreso que perciba sea igual al Ingreso Anual Esperado

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

propuesto, que es el mismo que, para el caso concreto del proyecto al que se refiere el acto recurrido, la CREG ya oficializó mediante la Resolución CREG-001 de 2004, y que por mandato de la misma regulación de la CREG (Res. CREG-022 de 2001) está expresado con referencia a la fecha de puesta en operación.

3.3. En cuanto al carácter del acto que modifica las fechas oficiales correspondientes al Ingreso Anual Esperado aprobado a Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., para el proyecto Primavera – Bacatá 500 kV, y sus efectos en el tiempo.

En relación con este aspecto, el recurso señala, en síntesis que *“es un acto declarativo, pues declara la ocurrencia de determinadas situaciones ya cumplidas, sin que ello implique que se esté devolviendo en el tiempo o que tenga efectos hacia el pasado”*.

En cuanto a los efectos de los actos administrativos en el tiempo, debe señalar la Comisión, que existe un principio irrefutable, universalmente establecido, según el cual, por regla general, el acto administrativo solamente produce efectos para el futuro. En el ordenamiento jurídico Colombiano, está establecido en el Artículo 58 de la Constitución Política y en la Ley 153 de 1887.

Sin embargo, como lo ha admitido el Honorable Consejo de Estado¹, este principio admite excepciones, en las cuales el acto administrativo puede válidamente *“surtir efecto con anterioridad a su vigencia... **siempre con base en una autorización legal**”* (Destacamos). Entre tales excepciones, en estos pronunciamientos ha enunciado el alto Tribunal las siguientes:

*“a) Cuando el acto administrativo en su contenido es declarativo y no constitutivo. Este aserto tiene apoyo, además, en el artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal que expresa que **‘Cuando una ley se limite a declarar el sentido de otra, se entenderá incorporada en ella para todos sus efectos; pero no alterará lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que entre a regir’**. b) El acto administrativo que se dicta en cumplimiento de una sentencia emanada de la jurisdicción contencioso administrativa, fruto de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, el pronunciamiento jurisdiccional tiene efectos *ex tunc*. c) En algunos eventos el acto administrativo que revoca otro. d) Los actos interpretativos de actos administrativos anteriores. Sobre el particular el artículo 14 del Código Civil dispone que **‘Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos***

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias del 11 de junio de 1993, expediente 4642, Sección Cuarta; del 25 de julio de 1997, expediente 8323, Sección Cuarta; del 19 de abril de 1990, expediente E 346, Sección Quinta; del 20 de marzo de 1992, expediente 1424, Sección Primera, entre otras. Este criterio también ha sido acogido por la Sala de Consulta y del Servicio Civil, en Concepto del 7 de febrero de 1975, reiterado en el concepto de Septiembre 7 de 2000, Radicación No. 1294, Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio'. e) Los actos de convalidación". (Destacamos).

En cuanto a la clasificación de los actos entre constitutivos y declarativos, encuentra la Comisión que, si bien, es aceptada por el propio Consejo de Estado, y un sector amplio de la doctrina nacional y extranjera, los criterios esbozados de manera general para distinguir entre unos y otros no son precisos, y su aplicación no es pacífica.

En primer lugar, el acto administrativo por definición es una declaración de voluntad de la administración pública que produce efectos jurídicos, en tanto crea, modifica o extingue relaciones jurídicas o derechos a favor de los administrativos. Dado que por su naturaleza, todo administrativo lo es porque se forma por una declaración de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, independientemente de que dicha declaración verse sobre la constatación o no de hechos ocurridos, tiene vocación de ser calificado como declarativo y constitutivo, al propio tiempo.

Sin embargo, en la doctrina se ha querido precisar dicha clasificación acudiendo a criterios como las distinciones funcionales, o el contenido del acto, que en verdad no fijan con rigor un criterio unánime para aplicar tal calificación, resultando que con tales criterios para algún sector de la doctrina un mismo acto puede ser constitutivo, y para otro sector doctrinal, se verá como declarativo.

El Honorable Consejo de Estado, cita en el concepto Radicación No. 1294 de septiembre 7 de 2000, atrás referido, esta doctrina:

*"Suelen entenderse como actos constitutivos, generalmente, aquellos actos 'mediante los cuales, y en virtud del poder legal de las autoridades competentes, se establecen nuevas relaciones jurídicas, se modifican o se extinguen'. Mientras que por actos declarativos se entienden aquéllos 'mediante los cuales se regulan relaciones concretas de la vida subsumiéndolas, en forma obligatoria, a la manera judicial bajo una norma jurídica determinada, fijándose así autoritariamente las relaciones jurídicas' (Herrnrit) (...) Esta distinción entre actos constitutivos y declarativos se justifica en la medida en que ciertos actos, por su contenido literal, crean ya un derecho nuevo e introducen en la realidad una situación jurídica que significa algo completamente nuevo en el mundo de las manifestaciones jurídicas, aunque, claro está, que debe estar ya contenido **in nuce** en el mundo jurídico, mientras que los demás actos se limitan a constatar o fijar una situación jurídica ya existente, sin cambiar, por lo menos aparentemente, la misma" (Destacamos). MERKL, Adolfo. **Teoría General del Derecho Administrativo**. México: Editora Nacional, 1980. págs. 246-247".*

Como se observa, según este criterio, los actos que se limitan a constatar o fijar una "situación jurídica" ya existente, serían declarativos. Y, *contrario sensu*, si la situación que se constata mediante la declaración de voluntad de la administración aún no es jurídica, sino simplemente de hecho, se estaría en presencia de un acto constitutivo.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En un sentido más amplio, otro sector doctrinal expone estos criterios:

“Por fin, y también por razón del contenido se utilizan (con menor frecuencia) otras clasificaciones duales, como la que diferencia los actos constitutivos (que crean una situación ex novo: p. ej., el otorgamiento de una concesión) de los actos declarativos, que meramente enuncian una situación preexistente, dotándola de eficacia (p. ej., el reconocimiento de un trienio a un funcionario...”² (Destacamos).

De acuerdo con este criterio, podría clasificarse como acto declarativo el que “enuncia” cualquier situación preexistente, sea jurídica o simplemente de hecho, para dotarla de eficacia. Lo cual, si se toma en términos absolutos, podría conducir a la aplicación retroactiva del acto, no permitida en el ordenamiento jurídico colombiano, pues si es el acto lo que “dota de eficacia” la simple situación de hecho preexistente, desde su ocurrencia, es claro que se estaría ante uno de los casos en los cuales el acto produce efectos hacia el pasado.

En sentido opuesto, se encuentra este criterio en otro importante sector de la doctrina:

“Otras distinciones funcionales.

Los criterios clasificatorios pueden ser muy varios. Recogemos sólo aquellos que parecen tener alguna utilidad.

*- Actos constitutivos (crean, modifican, extinguen relaciones o situaciones jurídicas subjetivas en otros sujetos, los destinatarios, o en la propia Administración) y declarativos (acreditan un hecho o una situación jurídica, sin incidir sobre su contenido). Ejemplo de los primeros: una expropiación, una orden, una liquidación tributaria, una jubilación de un funcionario; de los segundos, una certificación, una notificación. Ha de notarse que no todos los actos constitutivos son discrecionales; con toda frecuencia lo son también los actos reglados que constatan la situación construida por la Ley como supuesto de hecho del efecto preceptivo general que dicha Ley impone cuando ese efecto se condiciona a la constatación administrativa previa (**actos de constatación o fijación**) – accertamenti, en la doctrina italiana; Feststellungen, en la alemana – **constitutivos**)³”. Destacamos.*

Entiende la Comisión según lo anterior, que mientras para un sector de la doctrina, los actos de constatación y de fijación de los efectos de una situación jurídica existente, son actos declarativos, para otro sector no menos importante de la doctrina, los actos de constatación y de fijación, en términos generales, son constitutivos.

² “Principios de Derecho Administrativo”; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Volumen II, Tercera Edición, Segunda Reimpresión, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 2005. Pág. 135.

³ “Curso de Derecho Administrativo”; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón, Editorial Civitas; Madrid 1997.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Igualmente, el honorable Consejo de Estado, en el último concepto citado, concluyó que algunos actos que modifican los existentes son constitutivos, como el caso de una resolución que con el fin de aclarar el sentido de otra, en realidad, modifica su contenido.

Siguiendo la doctrina de ROUBIER⁴, y la jurisprudencia nacional, se entiende por situación jurídica la posición o estado en que se encuentra un sujeto frente los hechos y/o las consecuencias o efectos jurídicos regulados por una norma jurídica.

El criterio según el cual cuando el acto se limita "*a constatar o fijar una situación jurídica ya existente*", tendría naturaleza declarativa, a juicio de la Comisión es insuficiente para concluir tal clasificación respecto de los actos administrativos, pues, además, sabido es que en el ordenamiento jurídico por el reconocimiento de la autonomía privada de la voluntad en algunos casos la sola ocurrencia del supuesto de hecho normado o regulado podría constituir la situación jurídica, mientras que en otros casos, como sucede frecuentemente en el ámbito de la intervención económica que se realiza a través de la regulación, la realización del hecho previsto en la norma no es suficiente para que la situación jurídica se constituya, sino que se requiere su constitución mediante un acto administrativo. Por tanto, no se considera apropiado deducir una regla general en alguno de estos sentidos.

Por las anteriores razones, la Comisión considera que los criterios atrás señalados no son rigurosos para determinar los efectos que debe producir en el tiempo el acto recurrido, acudiendo a la clasificación propuesta por el recurrente.

En opinión de la Comisión, aplicar esta clasificación acudiendo a los criterios señalados por el recurrente y analizados, como se dejó expuesto, en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, podría inducir señales ambiguas o, al menos inseguras, en cuanto a los efectos de sus actos, máxime cuando, de acuerdo con la ley 142 de 1994, es la regulación de la CREG la que debe establecer si las empresas pueden o deben operar en un régimen de simple libertad, libertad vigilada o libertad regulada (Arts. 14.10; 14.11; 73.11 y 88, entre otros), para efectos de la prestación del servicio de energía, y por ello, no cabe duda en cuanto a que no es el simple hecho de que un agente tenga en operación unos determinados activos, ni la simple constatación de su operación, lo que crea la situación jurídica que le permite cobrar por el uso, sino que debe mediar, necesariamente una decisión regulatoria de la CREG que le cree dicha situación jurídica.

En el mismo sentido, la ley 143 de 1994, artículo 23, de manera expresa atribuye a la CREG la función de aprobar las metodologías para el cálculo de las tarifas y fijar las tarifas, por lo que no es posible concluir que la sola puesta en operación de unos determinados activos constituya una situación jurídica, por cuanto si la CREG no ha aprobado la respectiva metodología y fijado la respectiva tarifa a una empresa, como lo exige la ley, no se ha creado tal

⁴ "Droit Subjectif et situations juridiques", Paris 196; y "Les conflits des lois dans le temps", Paris 1929-1933; ROUBIER, Paul; Cítado por Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro, en "Derecho Civil - Parte General y Personas; Tomo I, 15ª Edición; Temis; Bogotá 2002; pág 211.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

situación jurídica. En este caso, no existe norma de rango legal que autorice a la CREG para hacerle producir a la metodología o a las tarifas que fije, efectos hacia el pasado, por lo cual, debe aplicarse el principio general establecido en la Constitución y la ley, según el cual, los actos mediante los cuales la CREG cumpla estas funciones, solo pueden producir efectos hacia el futuro.

Por la anterior razón, el criterio propuesto por el recurrente, según el cual el acto impugnado solamente "*declara la ocurrencia de determinadas situaciones ya cumplidas*", y por tanto podría señalar como fecha para el inicio de los pagos, el primero de enero de 2007, no es aceptable por la Comisión para proceder a modificar el acto recurrido, por las razones expuestas.

Ahora bien, encuentra la Comisión que entre las principales excepciones precisadas por la doctrina del honorable Consejo de Estado que hemos reseñado, en las cuales el acto administrativo puede volver sobre el pasado, están las que tienen base o autorización legal, en los artículos 58 del Código de Régimen Político y Municipal y 14 del Código Civil, que, a juicio de la Comisión, se refieren específicamente a aquellos casos de actos administrativos que se limitan a "*declarar el sentido*" de otros actos administrativos, caso en el cual aquellos se incorporan al acto cuyo sentido se declara, sin que se puedan alterar o afectar los efectos de "*decisiones*" ya ejecutoriadas, como lo mandan estas normas.

En este caso, podría entenderse que los actos que declaran el sentido de otros actos vigentes, son declarativos, precisamente por el fin que cumplen, y de hecho así los clasifica un sector de la doctrina colombiana. Pero en estos casos, no son declarativos por que estén declarando la simple ocurrencia de hechos o constatando situaciones jurídicas ya existentes o cumplidas, sino porque esencialmente están declarando el sentido, esto es, interpretando o fijando el alcance de otro acto administrativo ya vigente. Tales actos, podrían volver sobre el pasado, siempre y cuando no alteren o afecten los efectos de "*decisiones*" ya ejecutoriadas.

Al analizar estos casos que constituyen excepciones al principio de la no retroactividad, se encuentra en la doctrina nacional⁵:

"CASOS EN QUE TIENE LUGAR EL FENÓMENO JURÍDICO DE LA RETROACTIVIDAD.

(...)

B) En cuanto a la retroactividad derivada de la naturaleza de los actos, la doctrina y la jurisprudencia admite la distinción entre actos: a) declarativos y b) constitutivos. En cuanto a los primeros se les ha reconocido la posibilidad de tener efectos que se remontan al momento en que tuvo lugar el hecho constatado por ese acto, tesis que encuentra apoyo en el artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal (...) Y el artículo 14 del Código Civil (...)

⁵ "El acto administrativo", PENAGOS Gustavo; Tomo III, Sexta Edición, Ediciones Librería del Profesional; 1997. Pág. 484.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Un ejemplo ilustra el planteamiento anterior, en cuanto a la fecha en que deba admitirse la plena realización de los efectos del acto inicial, el cual depende de la naturaleza del segundo acto, independientemente de toda manifestación del órgano que lo dicta; en caso que este segundo acto asegura retroactivamente los efectos del primero, se lo debe considerar retroactivo por naturaleza. Se trata, de un segundo acto de carácter declarativo...". (Destacamos).

Como se observa en este planteamiento, en estricto sentido, no se trataría de un acto que simplemente se limite a constatar la ocurrencia de un hecho para hacerle producir efectos, sino que se parte de la existencia de un acto inicial y el segundo acto lo que haría sería precisar la fecha a partir de la cual se produce la plena realización de los efectos del acto ya existente.

A partir de lo anterior, se procederá a analizar si en el presente caso, se estaría en presencia de los supuestos previstos en los artículos 58 del C. de R.P.M. y 14 del C.C., y se podría fijar "plenamente" la fecha a partir de la cual se deben producir los efectos de un acto administrativo, mediante un segundo acto que disponga para el efecto una fecha anterior a la expedición de este último.

3.4. Análisis del caso concreto.

Como ya se dejó expuesto, mediante la Resolución CREG-022 de 2001, vigente desde el 7 de marzo de 2001, fecha en que se publicó en el Diario Oficial, la Comisión reguló la fecha a partir de la cual se debe iniciar el pago del Ingreso Anual Esperado oficializado al inversionista seleccionado que ejecute el Proyecto.

Inicialmente, esta resolución vinculó expresamente la fecha de inicio de pago al primer mes completo siguiente a la puesta en operación o servicio del proyecto. Posteriormente, mediante la Resolución CREG-085 de 2002, vigente desde la publicación efectuada en el Diario Oficial el día 3 de enero de 2003, aunque se modificó esa vinculación expresa, se dispuso que **"el Ingreso Anual que percibirá el proponente seleccionado para el proyecto, durante cada uno de los veinticinco (25) años del flujo de Ingresos aprobado por la CREG será igual al Ingreso Anual Esperado propuesto"** (Destacamos), y como ya se precisó, este último, por mandato del numeral I del literal a) del artículo 4 de la citada resolución CREG-022 de 2001, está expresado con referencia a la fecha de puesta en operación del proyecto.

Para el caso concreto del proyecto consistente en la Línea Primavera - Bacatá 500 kV, en el cual la UPME seleccionó la propuesta presentada por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., el Ingreso Anual Esperado lo oficializó la CREG mediante la Resolución CREG-001 de 2004, y en ésta se fijó la fecha a partir de la cual se producirían sus efectos según lo dispuesto en la Resolución CREG-022 de 2001, teniendo en cuenta la futura Fecha de Puesta en Operación, a partir del 1 de octubre de 2007.

Ahora bien, como lo previó la misma Resolución CREG-022 de 2001, **"las fechas oficiales correspondientes a los Ingresos Anuales Esperados en la Resolución que expida la CREG, podrán ser modificadas mediante una**

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

nueva Resolución, a solicitud del proponente, cuando el proyecto entre en operación antes de la fecha prevista en los respectivos Documentos de Selección". (Destacamos).

De acuerdo con esta norma, no es la simple puesta en operación lo que le da el derecho al inversionista a que se le inicien los pagos del Ingreso Anual Esperado, sino que se requiere que se hayan oficializado las fechas correspondientes a tales Ingresos, y que si ha entrado en operación en una fecha anticipada, las fechas oficializadas se modifiquen por una nueva resolución.

Esta nueva resolución, en estricto sentido tiene como efecto fijar nuevamente la fecha a partir de la cual se producen los efectos de la resolución CREG-022 de 2001, que estableció de manera general que el inicio de la liquidación, facturación y pago del Ingreso Anual Esperado debe hacerse con referencia a la fecha de puesta en operación. Por tanto, se concluye que cabe dentro de los casos previstos en los artículos 58 del C. de R.P.M. y 14 del C.C.

Pero encuentra la Comisión una diferencia entre la Resolución CREG-001 de 2004 y el acto impugnado, pues cuando se expidió la primera la Fecha de Puesta en Operación era futura, mientras que cuando se expidió el acto recurrido, la Fecha de Puesta en Operación ya se había producido y, por tanto, es anterior a la fecha de expedición del acto.

Teniendo en cuenta esta situación, de acuerdo con los referidos artículos 58 del C. de R.P.M. y 14 del C.C., podría la Comisión fijar como fecha de inicio de los pagos del Ingreso Anual Esperado una fecha anterior a la expedición del acto, esto es el 1 de enero de 2007, teniendo en cuenta que esta corresponde al primer mes completo siguiente a la fecha de puesta en operación del proyecto, según lo establecido en la Resolución CREG-022 de 2001, si no se afectan o alteran efectos que ya hubieren producido las decisiones ejecutoriadas.

En el caso concreto, encuentra la Comisión que si bien la Resolución CREG-001 de 2004 ya es un acto ejecutoriado, la modificación se está introduciendo a solicitud de Interconexión Eléctrica S.A. Y en cuanto a los demás agentes y a los usuarios a los cuales se aplicaría el mismo acto, aún no ha producido efectos jurídicos, pues según la regulación vigente los cargos por uso del STN se deben liquidar, facturar y pagar por mes vencido, lo cual, para el mes de enero aún no se ha producido.

Bajo la consideración de que el acto recurrido es un acto que declara el sentido y alcance de la Resolución CREG-022 de 2001, en cuanto fija la fecha a partir de la cual se debe producir el inicio de los pagos del Ingreso Anual Esperado conforme a la Fecha de Puesta en Operación del proyecto Primavera - Bacatá 500 kV, como lo establece dicha resolución, y que se no se alterarán o afectarán efectos jurídicos producidos por las decisiones ejecutoriadas en relación con dicho proyecto, se procederá, con fundamento en los artículos 58 del C. de R.P.M. y 14 del C.C., a modificar el artículo 1 del acto recurrido, y en consecuencia se fijará como fecha de inicio de pagos, la correspondiente al primer mes siguiente a la Puesta en Operación del Proyecto.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Por las razones expuestas, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión del día 31 de enero de 2007, acordó expedir esta resolución.

RESUELVE:

Artículo 1. Modificar las fechas correspondientes a los Ingresos Anuales Esperados oficializadas mediante el artículo 1 de la Resolución CREG-001 de 2004, por haber entrado en operación el proyecto antes de la fecha prevista en los respectivos Documentos de Selección. Conforme a lo establecido en los Numerales I y II del Literal a) del artículo 4 de la Resolución CREG-022 de 2001, los pagos se iniciarán a partir del primer mes completo siguiente a la Fecha de Puesta en Operación, que corresponde al 1 de enero de 2007. En consecuencia, dicho artículo quedará así:

"Artículo 1. Ingreso Anual Esperado. El Ingreso Anual Esperado -IAE- 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, expresado en dólares de los Estados Unidos de América del 31 de diciembre de 2002, para los primeros 25 años contados a partir del primero de enero de 2007, de conformidad con la propuesta seleccionada dentro de la Convocatoria Pública Internacional UPME-01-2003, es el siguiente:

| Año | Fechas | INGRESO ANUAL ESPERADO (Dólares del 31 de diciembre de 2002) | |
|-----|-----------------------------|---|---|
| | | Números | Letras |
| 1 | 1-ene-2007 a 31-dic-2007 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 2 | 1-ene-2008 a 31-dic-2008 | 15 854 740 | Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta |
| 3 | 1-ene-2009 a 31-dic-2009 | 15 854 740 | Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta |
| 4 | 1-ene-2010 a 31-dic-2010 | 15 854 740 | Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta |
| 5 | 1-ene-2011 a 31-dic-2011 | 15 854 740 | Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta |
| 6 | 1-ene-2012 a 31-dic-2012 | 15 854 740 | Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta |
| 7 | 1-ene-2013 a 31-dic-2013 | 15 854 740 | Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta |
| 8 | 1-ene-2014 a 31-dic-2014 | 15 854 740 | Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta |
| 9 | 1-ene-2015 a 31-dic-2015 | 15 854 740 | Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta |
| 10 | 1-ene-2016 a 31-dic-2016 | 13 092 714 | Trece millones noventa y dos mil setecientos catorce |
| 11 | 1-ene-2017 a 31-dic-2017 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 12 | 1-ene-2018 a 31-dic-2018 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 13 | 1-ene-2019 a 31-dic-2019 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

| Año | Fechas | INGRESO ANUAL ESPERADO (Dólares del 31 de diciembre de 2002) | |
|-----|-----------------------------|---|---|
| | | Números | Letras |
| 14 | 1-ene-2020 a 31-dic-2020 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 15 | 1-ene-2021 a 31-dic-2021 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 16 | 1-ene-2022 a 31-dic-2022 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 17 | 1-ene-2023 a 31-dic-2023 | 4 228 069 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y nueve |
| 18 | 1-ene-2024 a 31-dic-2024 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 19 | 1-ene-2025 a 31-dic-2025 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 20 | 1-ene-2026 a 31-dic-2026 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 21 | 1-ene-2027 a 31-dic-2027 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 22 | 1-ene-2028 a 31-dic-2028 | 4 477 837 | Cuatro millones cuatrocientos setenta y siete mil ochocientos treinta y siete |
| 23 | 1-ene-2029 a 31-dic-2029 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 24 | 1-ene-2030 a 31-dic-2030 | 4 228 064 | Cuatro millones doscientos veintiocho mil sesenta y cuatro |
| 25 | 1-ene-2031 a 31-dic-2031 | 15 854 740 | Quince millones ochocientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta |

Artículo 2. Vigencia. La presente resolución deberá notificarse al representante legal de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y publicarse en el Diario Oficial. Contra este no acto procede recurso alguno en la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

31 ENE. 2007

Dada en Bogotá, a los


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


JUAN IGNACIO CAICEBO AYERBE
 Director Ejecutivo (E)