



Ministerio de Minas y Energía

RESOLUCION NUMERO 099 DE 19

(21 JUN. 2001)

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

CONSIDERANDO:

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas expidió la Resolución CREG-034 de marzo 13 de 2001, por la cual dictó normas sobre funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía;

Que mediante la Resolución CREG-038 de 2001, la Comisión aclaró y modificó algunas de las disposiciones contenidas en la Resolución CREG-034 de 2001;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas recibió solicitudes de las siguientes personas, en adelante las solicitudes y/o los solicitantes, las cuales tienen como objeto que se revoque la citada Resolución CREG-034 de 2001:

No. de Radicación CREG	Solicitante
2600 de 2001	Flores III Ltda. & Cía S.C.A E.S.P
2801 de 2001	Termotasajero E.S.P.
2964 de 2001	Termocartagena S.A. E.S.P.
2967 de 2001	Emgesa E.S.P.
2968 de 2001	Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P.
2974 de 2001	Termocandelaria S.C.A. E.S.P.
2987 de 2001	Chivor S.A. E.S.P.
3300 de 2001	Proeléctrica & Cía S.C.A
3898 de 2001	Merieléctrica E.S.P.
4502 de 2001	Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica - ACOLGEN
4626 de 2001	Empresas Públicas de Medellín
4763 de 2001	Termovalle S.C.A E.S.P.

19
20

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

Que Empresas Públicas de Medellín, mediante comunicación radicada bajo el No. CREG-4626 de 2001, solicitó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas revocar las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001;

Que las solicitudes relacionadas tienen como objeto, que la Comisión de Regulación de Energía y Gas proceda a revocar directamente las citadas Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001, en aplicación del Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, y se fundamentan en las mismas razones de legalidad, constitucionalidad y conveniencia, razón por la cual, se procede a resolverlas todas en el presente acto administrativo;

1. RAZONES EN QUE SE FUNDAMENTAN LAS SOLICITUDES DE REVOCATORIA PRESENTADAS CONTRA LAS RESOLUCIONES CREG-034 Y CREG-038 DE 2001

Argumentan los solicitantes, de manera resumida, que la Resolución CREG-034 de 2001 debe ser revocada directamente por la CREG, por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, pues en su concepto, las disposiciones en ella contenidas desconocen mandatos jurídicos superiores consagrados en la Constitución Política, en las Leyes 142 y 143 de 1994 y en la legislación civil; así como también por razones de conveniencia, pues, según consideran los solicitantes, las decisiones adoptadas mediante el acto atacado causan agravio injustificado a los generadores de energía eléctrica, sin que existan razones jurídicas y de conveniencia que sustenten dichas decisiones. Empresas Públicas de Medellín argumenta que por las mismas razones debe revocarse también la Resolución CREG-038 de 2001.

Exponen los solicitantes que la Resolución CREG-034 de 2001 se sustenta en los mandatos consagrados en los Artículos 334 y 365 de la Constitución Política, y en especial en las disposiciones de las leyes 142 y 143 de 1994, que facultan a la CREG para intervenir en las actividades de los servicios públicos domiciliarios con el objeto de garantizar una oferta energética eficiente, el derecho a la libre competencia, la no utilización abusiva de posición dominante en el mercado, así como una operación eficiente, segura y confiable del servicio de energía eléctrica; pero que como acto administrativo que es, dicha Resolución debe cumplir los requisitos de forma, y de debida motivación la cual debe ser cierta, veraz, comprobable y suficiente en relación con las materias reguladas.

Señalan los solicitantes que los anteriores requisitos no se cumplen con la Resolución CREG-034 de 2001, y adicionalmente Empresas Públicas de Medellín argumenta que la Resolución CREG-038 de 2001 tampoco los cumple, en razón a que en su opinión: i) vulneran normas de jerarquía superior, ii) desconocen la existencia de derechos reconocidos en la normatividad jurídica nacional, iii) contienen decisiones que, en su concepto, corresponden al ámbito propio del legislador, al cual la Comisión no puede sustituir o reemplazar, y iv) adicionalmente, reiteran que las decisiones contenidas en la citada Resolución, causan un agravio injustificado a los destinatarios de tales normas.

Señalan como mandatos constitucionales y legales violados con la Resolución CREG-034 de 2001, los siguientes:

a

rn

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

1.1 Artículo 333 de la Constitución Política.

Empresas Públicas de Medellín señala que con la expedición de las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001, se vulneró el derecho a la libre competencia, el cual según la solicitante, comprende el derecho a la libertad empresarial como una de sus manifestaciones más relevantes. En apoyo de su afirmación cita un párrafo de la sentencia C-524 de 1995 de la Corte Constitucional.

Concluye Empresas Públicas de Medellín que la supuesta vulneración de los mencionados derechos se da *"cuando se establecen limitaciones o restricciones a su ejercicio, en especial, cuando se varían las condiciones en las que se desenvuelve la actividad económica, a tal punto que la supervivencia misma de la unidad empresarial en el negocio de generación se pone en peligro, y la garantía del ejercicio de tales derechos, desaparece, en virtud de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas"*.

1.2 Artículos 6 y 334 de la Constitución Política.

Exponen los solicitantes, con excepción de Empresas Públicas de Medellín, que en virtud del Artículo 6 de la Constitución Política, los funcionarios estatales solamente pueden hacer lo que esté previsto de manera expresa por las normas, sin que les esté permitido realizar actuaciones o ejercer funciones que no le han sido atribuidas. Que además, las competencias deben ejercerse con sujeción a los procedimientos legalmente establecidos y con sustento en hechos o situaciones concretas, serias, que justifiquen la actuación de la administración.

De lo anterior concluyen, que los funcionarios estatales no pueden desconocer las reglas y principios que definen el ordenamiento jurídico, ni *"improvisar funciones"*¹, o actuar con fundamento en circunstancias ajenas a las determinadas por las leyes.

Los solicitantes transcriben, entre otros, apartes de la Sentencia C-1162 de 2000² en los cuales la Corte Constitucional señala que la regulación no es un *"instrumento para 'completar la ley', o para llenar los espacios que ella pudo haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto"*. Concluyen los solicitantes, que según la tesis de la Corte Constitucional, la Comisión no está investida de potestades excepcionales que le permitan, por mandato de la ley, adoptar medidas de intervención alejadas del marco que determina su ámbito de competencia.

En relación con el Artículo 334 de la Constitución Política, señalan las solicitudes que el ejercicio de la facultad de intervención que esta norma

¹ Solicitudes de Betania, pág. 7; Termocandelaria, pág. 5; Merieléctrica, Pág. 6; Proeléctrica, pág.6; Chivor, pág.5; Emgesa, Pág. 6; Termotasajero, pág. 6; Flores III, pág. 6; Termovalle, pág.6.

² Esta sentencia es citada por todos los solicitantes, con excepción de ACOLGEN. Mediante esta sentencia la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de los Artículos 14.28 y 68 de la Ley 142 de 1994, que definen la facultad de "Regulación" y que establecen la posibilidad que tal facultad sea ejercida por las Comisiones de Regulación por delegación del Presidente de la República, respectivamente.

W

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

atribuye al Estado, previo mandato de ley, no le otorga facultades excepcionales a la Comisión; que dicha intervención debe hacerse por los funcionarios estatales con sujeción a la competencia que les ha sido atribuida por la ley, sin que les sea permitido exceder los límites de tal facultad; y que debe sustentarse en claros postulados legales, en hechos ciertos, serios, veraces y *"comprobados o comprobables"* y no en *"capricho de los funcionarios estatales competentes"*, ni *"con base en suposiciones, rumores, consejas, informaciones incompletas, y mucho menos con fundamento en hechos que no han sido plenamente establecidos"*³.

En relación con este mismo aspecto, Empresas Públicas de Medellín señala que la intervención que se decreta debe ser responsable, y que de ningún modo puede obedecer a un *"capricho de los funcionarios estatales competentes, pues estos deben limitarse en todas sus actuaciones a lo que la Constitución les permita. Así se ordena en el artículo 121 de la Carta que ninguna autoridad del Estado 'podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la Ley'"*.

Exponen que el cumplimiento de las exigencias anteriores garantiza la efectividad de los derechos legalmente reconocidos, cuyo ejercicio no puede hacerse nugatorio por limitaciones, restricciones o desconocimiento en razón de las medidas de intervención que se adopten, por cuanto si así se obrara, el resultado sería un mal mayor que el que se busca evitar con la intervención.

Concluyen que las consideraciones expuestas por la Comisión en la Resolución CREG-034 de 2001, como justificación de las medidas allí adoptadas, no tienen sustento en hechos ciertos, serios, debidamente comprobados, lo cual constituye una violación de las normas constitucionales anteriormente señaladas. Para el efecto, analizan y exponen en relación con las siguientes consideraciones contenidas en la parte motiva de la Resolución CREG-034 de 2001:

- a) Señalan que el hecho de que el Costo Marginal haya sido puesto por unos pocos agentes el 78% de las veces, en lo que iba corrido del año 2001, no es un comportamiento que sirva como sustento de la medida de intervención, pues esa conducta, además de no estar comprobada, no demuestra que haya habido manipulación de precios; que por el contrario, según un estudio realizado por un ex asesor de la CREG que citan, en diferentes condiciones de operación del sistema, incluso en condiciones de intervención, el precio es colocado por pocos agentes, sin que se pueda afirmar que esto constituya abuso de posición dominante que amerite la intervención, y que la simple posición dominante no está prohibida, sino el abuso que se haga de ella.
- b) Afirman que el hecho de que en un alto porcentaje, el precio promedio de oferta de varios agentes haya sido igual o mayor que el precio de racionamiento, sin estar en condiciones de racionamiento de energía, obedece a sus estructuras de costos, al número de horas de despacho y a la forma como se les remunera cuando generan inflexible, por mérito y por

³ Solicitudes de Betania, pág. 9; Termocandelaria, pág. 7; Merieléctrica, Pág. 8; Proeléctrica, pág.8; Chivor, pág.7; Emgesa, Pág. 8; Termotasajero, pág. 8; Flores III, pág. 8; Termovalle, pág.8.

pu

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

seguridad, lo cual se ve agravado por la "distorsión" introducida en la Resolución CREG-063 de 2000, y no a un abuso de posición dominante que amerite la intervención.

- c) En cuanto al hecho de que el despacho se haya vuelto predecible en muchos casos, dada la situación de fraccionamiento del Sistema Interconectado Nacional y del Mercado Mayorista, señalan los solicitantes que siempre que exista una generación de seguridad asociada con un único recurso, se puede predecir el despacho de "operación mínimo", lo cual no puede ser considerado como un abuso de posición dominante.
- d) En relación con el hecho de que la generación forzada haya alcanzado máximos históricos en los meses de verano de febrero y marzo de 2001, cuando se esperaría que en condiciones normales fueran menores que las causadas durante el invierno, señalan los solicitantes que precisamente tal condición se presenta por la situación anormal del sistema, en la cual existe mucha energía atrapada y generaciones de seguridad muy altas, lo que provoca que el costo de las restricciones aumente aún cuando se esté en verano, y por lo tanto su diferencia con los costos que se presentarían en una operación normal no justifica la intervención del mercado.
- e) Agregan que en ningún mercado real se puede asegurar que exista competencia perfecta; y que además, si las condiciones reales del mercado no son normales dada la fragmentación del sistema, no se puede pretender que los precios para un mercado de competencia perfecta sean referencia válida para juzgar los precios del mercado real, que por tal razón la CREG no puede justificar la intervención en estas consideraciones.

1.3 Artículos 23, lit. a); 34, ords. 1 y 2; 42, y 44, ord. 3) de la Ley 143 de 1994; y Artículos 3, penúltimo inciso; 10; 87, ords. 1, 4 y 7, de la Ley 142 de 1994.

En relación con estas normas señalan que conforme a lo establecido en las Leyes 142 y 143 de 1994, las ventas de electricidad por parte de los generadores de energía serán libres y el precio será determinado por el libre juego del mercado, y que las transacciones de electricidad se realizan a través de la Bolsa, con sujeción al Reglamento de Operación expedido por la CREG.

Explican que los criterios de "*suficiencia y eficiencia financiera*" consagrados por las mencionadas leyes, garantizan la plena recuperación de los costos en que se incurra en desarrollo de cualquiera de las actividades comprendidas en el servicio público de energía; que tales criterios son preservados en el Artículo 23, literal a), de la Ley 143 de 1994, en cuanto asigna a la CREG la función de crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios económicos y de viabilidad financiera.

Concluyen que la Resolución CREG-034 "limitó la posibilidad de recuperar los costos en que se incurre en la energía para cubrir los requerimientos de

al
ra

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

seguridad del Sistema Interconectado Nacional"⁴, y por tanto desconoce las normas antes señaladas, por las siguientes razones:

- a) No reconoce ni garantiza la recuperación de la inversión, gastos financieros y rentabilidad de la generación de seguridad. Sobre este punto señalan:
- Que en relación con los contratos "take or pay" la Resolución no reconoce sino la parte variable de los costos de suministro y de transporte, pero que en realidad la máquina consume todo el gas y no solamente la parte variable del contrato, con lo que se desconocería el principio de suficiencia financiera que rige la actividad de la generación de energía eléctrica.
 - Que calcular el consumo térmico específico con la información declarada por el agente para el Cargo por Capacidad, desconoce que un generador térmico tiene una curva de eficiencia que depende del nivel de carga con el que opere. Que adicionalmente, dicho consumo es calculado con el poder calorífico bajo, mientras que los productores y transportadores facturan con el poder calorífico alto.
 - Que el poder calorífico del gas natural señalado en la Resolución CREG-034 de 2001, no corresponde a aquél con el que los productores y transportadores facturan el gas.
 - Que no se reconocen los impuestos relacionados con el suministro y transporte del gas natural.
 - Que no se reconoce el riesgo cambiario al que está sujeto el transporte de gas.
 - Que tampoco se reconoce la verdadera estructura de los costos de operación y mantenimiento, ni de los costos de arranque y parada; ni reconoce el verdadero costo de oportunidad del agua.

Los anteriores argumentos también son invocados por ACOLGEN, Termotasajero, Flores III, Chivor, Merieléctrica y Termovalle como razones de inconveniencia por las cuales se debe revocar la Resolución CREG-034 de 2001.

En el mismo sentido, Termocartagena señala que la Resolución CREG-034 de 2001 no le permite recuperar los costos de suministro y transporte de combustible, de operación y mantenimiento, y de arranque y parada y que por tanto, no se le reconocen los costos en que incurre por la Generación de Seguridad Fuera de Mérito, razón por la que considera que dicha Resolución viola el Artículo 58 de la Constitución Política.

Agrega Termocartagena que la Resolución CREG-034 de 2001 no reconoce los costos de una planta a vapor, razón por la que debe ser revocada.

⁴ Solicitudes de Betania, pág. 16; Termocandelaria, pág. 13; Merieléctrica, Pág. 13; Proeléctrica, pág.14; Chivor, pág.13; Emgesa, Pág. 15; Termotasajero, pág. 13; Flores III, pág. 13; Empresas Públicas de Medellín, pág.24; Termovalle, pág.14.

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

- b) Se puede llegar a remunerar la generación fuera de mérito a un precio inferior al precio de Bolsa y así se establece de las liquidaciones del ASIC, lo cual, en concepto de los solicitantes, obedece a que no se le reconocen la totalidad de los costos de producción. Señalan como ejemplo, que se pueden estar reconociendo por generación de seguridad valores del orden de 49 \$/kWh, mientras que el precio de Bolsa o de oportunidad del mercado es del orden de 85 \$/kWh.

En cuanto a los generadores hidráulicos, argumentan que la señal económica del pago de la reconciliación positiva es errada, ya que no considera las condiciones reales del mercado, establece una única curva de referencia para cualquier época del año, subvalora el agua y desincentiva su almacenamiento, pues podría inducir a desembalsar con el fin de poder acceder a precios de reconciliación positiva altos, lo cual contradice las razones expuestas por la CREG en la Resolución CREG-034 de 2001, sobre la optimización energética del sistema.

- c) Según los solicitantes, la Comisión considera injustificados los precios de oferta superiores al precio de racionamiento pero olvida mencionar que mediante la Resolución CREG-062 de 2000 modificó la metodología de pago de generaciones de seguridad, la cual, en su concepto, motivó que *"en la oferta el generador debía internalizar el costo de arranque para recuperarlo en una sola hora ocasionando que las ofertas sobrepasaran el umbral de racionamiento"*⁵.
- d) La CREG considera que con las medidas adoptadas en la Resolución CREG-034 de 2001, se elimina la percepción de riesgo en la oferta, lo cual no es cierto en opinión de los solicitantes. Según sus solicitudes, se debe seguir involucrando la componente de riesgo debido a las incertidumbres propias del despacho, relacionadas con el número de horas por mérito, inflexibilidades, número de arranques, y aportes hidrológicos.
- e) De otra parte, Empresas Públicas de Medellín señala que la Resolución CREG-034 de 2001 cambió radicalmente su concepción filosófica anterior respecto de la fórmula de cálculo para el precio de la reconciliación negativa, e ignora que el generador puede cubrir sus contratos o vender en bolsa sin importar el estado de la red y eleva arbitrariamente el valor que debe pagar cuando existen limitaciones por este concepto, al establecer un precio de reconciliación dependiente del precio de bolsa, lo cual, en su concepto, implica un riesgo comercial dado el comportamiento de la Bolsa.

1.4 Artículo 38 de la Ley 143 de 1994.

Señalan las solicitudes, que la norma de la Resolución CREG-034 de 2001 que dispone el manejo confidencial de la información relacionada con las ofertas presentadas por los generadores, durante 15 días, viola el Artículo 38 de la Ley 143 de 1994, que establece la obligación y derecho para los generadores de

⁵ Solicitudes de Betania, pág. 21; Termocandelaria, pág. 17; Merieléctrica, Pág. 18; Proeléctrica, pág.18; Chivor, pág.17; Emgesa, Pág. 20; Termotasajero, pág. 18; Flores III, pág. 18; Termovalle, pág.19.

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

conocer en forma oportuna la información para el planeamiento y la operación del Sistema Interconectado Nacional.

1.5 Artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal (C. R. P. y M), Artículo 8o. de la Ley 57 de 1985 y el Artículo 58 de la Constitución Política (Derechos Adquiridos).

Argumentan los solicitantes que de acuerdo con lo establecido en el Artículo 8o. de la Ley 57 de 1985, la Resolución CREG-034 de 2001 sólo entró a regir desde su publicación en el Diario Oficial, lo cual significa, según los solicitantes, que se aplica a las situaciones surgidas durante su vigencia y no a las acaecidas bajo el amparo de la regulación anterior, esto es, que no puede tener efectos retroactivos. Concluyen los solicitantes, que el Artículo 5o. de la Resolución CREG-034 de 2001, al pretender regular el pago de las restricciones de los meses de febrero y marzo de 2001 causadas antes de la entrada en vigencia de dicha Resolución, está produciendo efectos retroactivos, lo cual, en su concepto es violatorio del Artículo 52 del C. R. P. y M.

Agregan que la CREG ha violado las normas que establecen la garantía de los derechos adquiridos (Constitución Política, Artículo 58), en virtud de la cual, y con arreglo a *"la doctrina tradicional del Derecho Civil"*, el derecho se adquiere cuando *"se incorpora al patrimonio de una persona, pues existe un reconocimiento legal a una situación jurídica concreta y consolidada a favor del administrado"*⁶ (sic).

Para fundamentar esta argumentación, en particular la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y concluye que los generadores consolidaron situaciones económicas a su favor antes de la entrada en vigencia de la Resolución CREG-034 de 2001, ya que los ingresos por restricciones "entraron y se incorporaron" al patrimonio de los generadores beneficiarios de tales restricciones, bajo la vigencia de la regulación anterior.

Por lo anterior, concluyen los solicitantes, que para la facturación, liquidación y cobranza de tales conceptos se debieron aplicar las normas de la Resolución CREG-024 de 1995, y no se debían efectuar refacturaciones con base en la Resolución CREG-034 de 2001, pues según los solicitantes, ello constituye aplicación con efectos retroactivos de esta Resolución, lo que les afecta sus previsiones de flujo de caja.

1.6 Artículos 1604 y 2341 del Código Civil y 29 de la Constitución Política.

Señalan los solicitantes que las disposiciones del Código Civil consagran las reglas generales sobre la responsabilidad del deudor, a partir de lo cual afirman que esa es una materia de competencia exclusiva del legislador y no de la CREG, razón por la cual ésta no puede adoptar disposiciones como las contenidas en los incisos 1 y 2 del Artículo 4o. de la Resolución CREG-034 de 2001, relacionadas con la responsabilidad del generador que no haya podido justificar debidamente su oferta de precio o su declaración de disponibilidad.

⁶ Solicitudes de Betania, pág. 24; Emgesa, Pág. 23.

ra

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

Agregan que la "asignación" de responsabilidad específica debe establecerse en un proceso judicial en cada caso concreto, donde se demuestren todos los elementos de la responsabilidad y donde se examinen las causales eximentes de la misma, previsiones que, según los solicitantes, fueron desconocidas por la Resolución CREG-034 de 2001. En su concepto, se invadió la órbita de la rama judicial y se violó el Artículo 29 de la Constitución Política que consagra la presunción de inocencia.

1.7 Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

Los solicitantes imputan violación de la mencionada norma, por "*uso ilegal de las competencias discrecionales por parte de la CREG*".

Según los solicitantes, "*...resulta claro que las competencias de las comisiones de regulación gozan de un amplio margen de discrecionalidad, el cual se pone de manifiesto especialmente en aspectos técnicos y operativos del funcionamiento y operación del mercado mayorista como los regulados por la Resolución 034 de 2001*" (sic); pero que "*los conceptos legales en los cuales se fundamenta la CREG para 'intervenir el mercado mayorista', deben soportarse en criterios objetivos y estar definidos expresamente en las disposiciones constitucionales y legales aplicables*"⁷.

Señalan que de acuerdo con el Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, y la doctrina que citan, aunque la decisión sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

A partir de la anterior premisa, concluyen los solicitantes:

- a) Que las disposiciones constitucionales y legales que atribuyen a la CREG la función de garantizar una oferta eficiente de energía, no se cumplen con la Resolución CREG-034 de 2001, porque según los solicitantes, no se remunera adecuadamente el recurso energético, además de que se crea "*un incentivo perverso que induce a los generadores a 'botar' agua para obtener un mejor valor de la generación de seguridad*"⁸.
- b) Que si bien ni la constitución ni la ley fijaron expresamente la forma ni los parámetros técnicos para determinar el valor de los precios de energía, sí determinaron explícitamente que el regulador debe respetar los criterios de viabilidad financiera y de oferta eficiente.
- c) Que la Constitución y la Ley no obligan a los generadores a soportar las cargas públicas derivadas de las voladuras de torres, hecho completamente ajeno a su voluntad y control, razón por la cual la Comisión no puede imponerles la obligación de asumir los costos de incrementos de las tarifas al usuario final causados por los mencionados hechos, porque, en concepto

⁷ Solicitudes de Betania, pág. 29; Termocandelaria, págs. 21 y 22; Emgesa, Pág. 27.

⁸ Ibidem.

⁹ Solicitudes de Betania, pág. 30; Termocandelaria, págs. 22 y 23; Emgesa, Pág. 28.

M

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

de los solicitantes, esto resulta "confiscatorio" en los términos del Artículo 34 de la Constitución Política y equivale a una expropiación indirecta.

- d) Que la Corte Constitucional ha señalado como criterios esenciales que debe seguir el Estado al intervenir en una actividad lícita, la razonabilidad para que la medida adoptada sea adecuada a los fines de la norma y proporcional a los hechos que le sirven de causa; y que se deben tener en cuenta los costos de las empresas; se debe realizar control sobre la eficiencia administrativa de las entidades intervenidas; y se debe lograr un resultado satisfactorio para la entidad intervenida que presta el servicio y para el usuario que se beneficia del mismo.
- e) Que la CREG no se encuentra facultada para valorar incorrectamente los hechos que le sirven de fundamento para la expedición de la Resolución CREG-034 de 2001, razón por la cual debe revocarla, porque, según los solicitantes, no existe proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los hechos que le sirven de causa;
- f) Que en la medida en que no se ha comprobado la existencia de abuso de posición dominante por parte de los generadores de energía, conducta que no se presume sino que debe ser establecida por la Superintendencia de Servicios Públicos, el regulador está imposibilitado para intervenir el mercado. Que el regulador se ha apresurado a imputar la conducta de abuso de posición dominante a los agentes generadores simplemente por el aumento en el precio de las restricciones, lo cual, según los solicitantes, no demuestra *per se* el supuesto abuso cometido.

1.8 Artículos 29 de la Constitución Política, 23 de la Ley 143 de 1994, y 3o. de la ley 489 de 1998.

Según los solicitantes, la CREG para expedir la Resolución CREG-034 de 2001 estaba obligada a respetar el debido proceso consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política, razón por la cual debió previamente obtener el concepto del Consejo Nacional de Operación en aplicación del literal i) del Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, con lo cual además, según los solicitantes se cumple el principio de participación consagrado en el Artículo 3o. de la Ley 489 de 1998.

Concluyen los solicitantes que dado que la CREG omitió el mencionado procedimiento, violó las disposiciones señaladas.

1.9 Imposibilidad para las empresas de cumplir la Resolución CREG-034 de 2001, por violar los principios de eficiencia económica y competencia desleal consagrados legalmente.

La Central Hidroeléctrica de Betania y Emgesa, señalan que la Resolución CREG-034 de 2001 las obliga a vender por debajo de sus costos, con lo cual incurrir en una práctica restrictiva de la competencia por fijación de precios inequitativos o 'predatorios', al tenor de lo dispuesto por el Artículo 50 Numeral 1, del Decreto 2153 de 1992, lo cual, según concluyen, distorsiona el mercado de energía e introduce un cambio en las reglas de juego, para lo cual la CREG no estaba facultada.

al

pu

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

2. ANÁLISIS DE LAS RAZONES EN QUE SE FUNDAMENTAN LAS SOLICITUDES DE REVOCATORIA.

Para resolver las solicitudes presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001, a continuación se analizarán las razones anteriormente enunciadas, en el mismo orden en que fueron presentadas.

2.1 No existe violación del Artículo 333 de la Constitución Política.

Según Empresas Públicas de Medellín, la violación resulta del supuesto desconocimiento del derecho de la libre competencia, y por ende del derecho a la libertad de empresa porque, en su concepto, mediante las decisiones adoptadas, la Comisión impuso límites o restricciones que varían el ejercicio de la actividad a tal punto que afectan la supervivencia de su negocio de generación.

En primer lugar, el derecho a la libre competencia económica garantiza en esencia a los agentes de un mercado, la posibilidad de concurrir al mismo, en disputa con los demás, con el fin de ofrecer y vender bienes o servicios, y establecer y mantener una clientela. Dicho principio no es absoluto, sino que como lo establece el propio Artículo 333 de la Constitución Política, es un derecho de todos, que supone responsabilidades.

Las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001 en manera alguna establecen límites o restricciones para que los agentes generadores puedan acceder al Mercado Mayorista de Energía a ofrecer y vender su energía, así como tampoco para establecer y mantener la clientela. Dicha Resolución no modificó las condiciones de libre competencia que rigen las principales transacciones del Mercado Mayorista, como son las ventas en la Bolsa de Energía y los contratos de largo plazo. Por el contrario, lo que se busca con la mencionada Resolución es promover y preservar condiciones que hagan posible la competencia, dado que de una parte promueve que los generadores compitan por la generación en mérito sin tener en cuenta el estado de la red, esto es, en el Despacho Ideal, y de otra, busca corregir las distorsiones presentadas con ocasión del fraccionamiento del sistema causado por la voladura de las torres, lo cual, como se dijo en la citada Resolución, puso al Mercado en condiciones de ser controlado por unos pocos agentes. Contrario a lo que afirma Empresas Públicas de Medellín, los análisis efectuados indican que después de la Resolución CREG-034 de 2001, las condiciones de competencia en el mercado se han mejorado.

En cuanto a la libertad de empresa, ésta garantiza la posibilidad de que cualquier persona pueda desarrollar una actividad económica organizada. Como derecho tampoco es absoluto, dado que el citado Artículo 333 de la Constitución Política la instituyó como base del desarrollo y le atribuyó una función social que implica obligaciones, lo que descarta la posibilidad de ejercer una determinada actividad económica en detrimento del desarrollo de un sector económico o social.

La Resolución CREG-034 de 2001 no desconoce el derecho a que cualquier persona realice la actividad de generación, así como tampoco estableció

ca

pu

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

limitaciones o restricciones que imposibiliten la realización de tal actividad. Esta Resolución tiene como objeto regular principalmente los costos de las restricciones bajo las condiciones en que se encuentra el Sistema Interconectado Nacional, dados los efectos de las voladuras de las torres que introdujeron al Mercado las distorsiones o ineficiencias que se han mencionado. Por esta razón, no puede afirmarse que dicha Resolución impida o imposibilite la realización de la actividad de generación, como actividad económica organizada, pues no modificó el régimen vigente para las transacciones propias de la actividad de generación a través de la Bolsa de Energía y los contratos de largo plazo.

En cuanto a las restricciones, la Resolución CREG-034 de 2001, aclarada y modificada por la Resolución CREG-038 de 2001, reconoce los costos económicos eficientes en que se incurre por la generación de seguridad fuera de mérito, así como también remunera el costo de oportunidad de la energía atrapada de los generadores, como se explica en el Numeral 2.3 de este acto.

Por las anteriores razones, se considera que no existe la pretendida violación del Artículo 333 de la Constitución Política, imputada por la empresa solicitante.

2.2 No existe violación de los Artículos 6 y 334 de la Constitución Política.

Las razones en que los solicitantes sustentan la supuesta violación de estas normas, se contraen a tres aspectos: i) Falta de competencia de la CREG para adoptar las decisiones contenidas en la Resolución CREG-034 de 2001; ii) desconocimiento del procedimiento al que debía sujetarse para la expedición del mencionado acto; y iii) inexistencia de hechos ciertos, serios, veraces y "comprobados o comprobables" que sirvan de fundamento a las decisiones adoptadas.

2.2.1 En relación con la competencia de la CREG para adoptar las normas contenidas en la Resolución CREG-034 de 2001.

El citado Artículo 334 de la Constitución Política previó la intervención del Estado, por mandato de la Ley, en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Artículo 2o. de la Ley 142 de 1994, mandó la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios, conforme a las reglas de competencia de que trata esa ley, en el marco de lo dispuesto en los Artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para cumplir, entre otros, los siguientes fines:

"2.4.- Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

(...)

2.5.- Prestación eficiente.

2.6.- Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante".

pa

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

Esa misma Ley, definió como uno de los mecanismos mediante los cuales el Estado debe realizar la intervención en los servicios públicos domiciliarios, la Regulación:

“ARTICULO 3. Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, especialmente las relativas a las siguientes materias:

(...)

3.3. Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario”. (Hemos subrayado).

En relación con la regulación, como instrumento de intervención del Estado en la economía, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha señalado¹⁰:

“Así, es claro que la prestación de los servicios públicos puede ser realizada tanto por las autoridades públicas como por los particulares o comunidades organizadas, pero en todo caso el Estado siempre tendrá bajo su cargo la regulación (...) con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines que le competen (CP art. 365). Esta regulación (...) de tales servicios armoniza además con la facultad general que la carta atribuye al Estado de dirigir la economía e intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, obviamente sin perjuicio del reconocimiento de la libre iniciativa privada...” (Hemos subrayado).

Igualmente, en la misma sentencia C-1162 de 2000 citada parcialmente por los solicitantes, la Corte Constitucional reiteró su posición en el sentido de que la regulación es un instrumento de intervención del Estado en la economía:

“Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquellos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros”. (Hemos destacado).

La facultad de Regulación, en relación con el servicio público de electricidad, por disposición de las Leyes 142 y 143 de 1994, le corresponde ejercerla a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, previa delegación del Presidente de la República como lo dispone el Artículo 68 de la Ley 142 de 1994, norma que la Corte Constitucional encontró ajustada a la Constitución Política. Tal delegación se cumplió a través de los Decretos 1524 y 2253 de 1994.

En cuanto a las formas o mecanismos a través de los cuales la CREG debe cumplir la tarea de regulación, la Ley dispuso que debe hacerlo por medio de normas de alcance general o particular, mediante las cuales se establezcan reglas de comportamiento para que los distintos intereses de los prestadores

¹⁰ Sentencia C-278 de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

RM

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

del servicio se enderecen hacia el cumplimiento de los intereses sociales generales definidos por la Constitución y la Ley. Así lo dispuso el Artículo 14.18 de la Ley 142 de 1994:

“14.18.- Regulación de los servicios públicos domiciliarios. La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”.

De acuerdo con lo anterior, se concluye, en primer lugar, que la Ley 142 de 1994 contiene el mandato para que el Estado intervenga en el servicio público domiciliario de electricidad; y que uno de los mecanismos a través de los cuales se debe realizar dicha intervención es la Regulación, la que, en relación con el servicio de electricidad, se encuentra legalmente atribuida a la CREG.

En segundo lugar, se concluye que la función de regulación del servicio público de electricidad, como mecanismo de intervención, es de carácter permanente y no excepcional como lo sugieren los solicitantes; en otras palabras, regular un servicio es intervenir en el mismo, de tal manera que cuando la CREG regula en los términos del Artículo 14.18 de la Ley 142 de 1994 y en ejercicio de cualquiera de las facultades expresas que le atribuyen las leyes 142 y 143 de 1994, está ejerciendo un mecanismo de intervención, y no como lo sugieren los solicitantes, que la intervención se dé excepcionalmente sólo para algunos casos y que, por tanto, la intervención realizada mediante la Resolución CREG-034 de 2001 sea de carácter excepcional, o en otras palabras que para la expedición de dicha Resolución se hubiera requerido de facultades excepcionales de intervención.

En síntesis, mientras la Ley le atribuya a la CREG de manera expresa una facultad que deba cumplir a través de la regulación, puede intervenir en los servicios mediante el ejercicio legítimo de tales funciones, para adoptar decisiones que estén encaminadas a cumplir los objetivos atribuidos por la ley a la intervención del Estado en la prestación de los servicios.

En relación con la facultad de regulación, como mecanismo permanente de intervención en los servicios públicos, señaló la Corte Constitucional en la referida sentencia C-1162 de 2000, citada por los solicitantes:

*“En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. **De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación;** ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las*

pa

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

que necesitan de una permanente función interventora del Estado.
(Hemos destacado).

En síntesis, la referida sentencia de la Corte Constitucional no dejó sin contenido ni alcance la facultad de regulación, como lo pretenden los solicitantes, sino que por el contrario, precisa el campo de acción de la misma.

Ahora bien, de acuerdo con esta misma sentencia C-1162 de 2000, la intervención del Estado en los servicios no necesariamente implica que la Comisión esté completando la Ley o llenando los espacios que ella pudo haber dejado, y menos que esté sustituyendo al legislador cuando éste nada ha dispuesto, como lo sugieren los solicitantes, sino que por el contrario cuando actúa dentro del ámbito propio de la regulación y en ejercicio de las facultades que expresamente le atribuyó la Ley y con sujeción a la Ley y demás criterios generales señalados por la Corte Constitucional, su ejercicio es legítimo, además por una razón lógica, y es que en ese caso la Comisión está cumpliendo lo que el propio legislador le encomendó.

En cuanto a los fines generales que debe atender la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la tarea de Regulación, la ley definió los siguientes:

- a) La Ley 142 de 1994, como ya se dijo, definió, entre otros, la prestación continua e ininterrumpida del servicio de energía eléctrica, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan, así como la prestación eficiente, y la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.
- b) La Ley 143 de 1994, Artículo 4o., previó que el Estado, en relación con el servicio de electricidad, tiene dentro de sus objetivos abastecer la demanda de electricidad de la comunidad bajo criterios económicos y de viabilidad financiera, asegurando su cubrimiento en un marco de uso racional y eficiente de los diferentes recursos energéticos del país, así como asegurar una operación eficiente, segura y confiable en las actividades del sector, para lo cual además le corresponde, entre otros aspectos: i) promover la libre competencia en las actividades del sector, y ii) impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado (Artículo 3o).

La misma Ley 143 de 1994, Artículo 6o., dispuso que las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se registrarán, entre otros principios, por el de eficiencia, el cual *"obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico"*. Y según el mandato contenido en el Artículo 33 ibidem, *"la operación del sistema interconectado se hará procurando atender la demanda en forma confiable, segura y con calidad del servicio, mediante la utilización de los recursos disponibles en forma económica y conveniente para el país"*.

Específicamente en cuanto se refiere a la función de regulación, la Ley 143 de 1994, Artículo 20, definió que tendrá como objetivo básico *"...asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente*

al
RM

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible.”

Para el logro de los anteriores objetivos, las leyes en mención atribuyeron a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en relación con el servicio de energía eléctrica, entre otras las siguientes funciones relacionadas con la materia que fue objeto de regulación mediante la Resolución CREG-034 de 2001:

La Ley 142 de 1994:

- El Artículo 73, le atribuyó la función general para todas las Comisiones de Regulación, de “regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad”. (Hemos subrayado).

El Artículo 74.1, le atribuyó funciones especiales, para:

- *“Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia”*.

Se considera pertinente precisar que, en ejercicio de esta facultad, en concordancia con las demás facultades legales, la CREG puede adoptar las medidas que sean necesarias para impedir abusos de posición dominante, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente 4443, Sentencia de febrero 12 de 1998, C. P. Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

- *“La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”*.
- *“Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible”*.
- Igualmente, en los términos de la Ley 142 de 1994, Artículos 73.11 y 88, le corresponde a la Comisión definir cuándo existen condiciones de competencia para efectos de determinar la libertad de precios, y fijar topes máximos tarifarios de obligatorio cumplimiento para las empresas.

La Ley 143 de 1994:

RM

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

- Según lo dispuesto por el Artículo 23, literal a) de la Ley 143 de 1994, le corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, *“crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia”*.

De lo anterior se concluye que existen múltiples facultades expresas atribuidas por la ley a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que le permiten establecer normas para promover la competencia con el fin de que las actividades de los monopolistas y los competidores sean económicamente eficientes y no impliquen abuso de posición dominante; regular las actividades del sector eléctrico para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente; preservar la competencia e impedir abusos de posición dominante; regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía; así como definir cuándo existen condiciones de competencia para efectos de determinar la libertad de precios, y fijar topes máximos tarifarios de obligatorio cumplimiento para las empresas, que le permiten adoptar medidas regulatorias como las contenidas en la Resolución CREG-034 de 2001, aclaradas y modificadas por la Resolución CREG-038 de 2001.

Es decir, las decisiones adoptadas mediante las mencionadas Resoluciones se establecieron con fundamento en el legítimo ejercicio de las funciones expresas que aquí hemos señalado, y que fueron invocadas en la parte considerativa del mencionado acto, razón por la cual carecen de fundamento las apreciaciones de los solicitantes en el sentido que la CREG haya “improvisado” funciones para adoptar las decisiones contenidas en la Resolución CREG-034 de 2001.

Por las mismas razones, carecen de fundamento los argumentos de los solicitantes en el sentido de que la Comisión haya ejercido funciones que no le están atribuidas, pues las normas anteriormente señaladas le atribuyen de manera expresa facultades a la CREG que le permiten adoptar las decisiones contenidas en la Resolución CREG-034 de 2001. Por lo tanto, no existe violación del Artículo 60. de la Constitución Política, norma que por lo demás, no establece la prohibición para los funcionarios públicos de actuar con base en funciones que no tienen atribuidas. Tal prohibición está consagrada expresamente en los Artículos 121 y 122 de la Constitución, las cuales no resultan violadas con las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001, por cuanto para la expedición de las mismas la CREG ejerció las funciones expresamente atribuidas por la Ley.

Tampoco puede concluirse que haya violación del Artículo 334 de la Constitución Política, que ordena la intervención del Estado en los servicios públicos por mandato de la Ley, por cuanto dicha función fue ejercida por la Comisión estando legítimamente facultada para ello, dentro de la órbita de competencia expresamente atribuida y con sujeción al cumplimiento de los objetivos definidos por la Ley para tal fin.

2.2.2 En cuanto al supuesto desconocimiento del procedimiento al que debía sujetarse para la expedición del mencionado acto.

En este acápite los solicitantes enuncian el mencionado cargo, pero no señalan las razones en que se sustentan, sino que lo tratan en el aparte referente a los

PA

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

Artículos 29 de la Constitución Política, 23 de la Ley 143 de 1994 y 3o. de la Ley 489 de 1998, razón por la cual se analizará en el Numeral 2.8 de esta Resolución.

2.2.3 En cuanto a la inexistencia de hechos ciertos, serios, veraces y "comprobados o comprobables" que sirvan de fundamento a las decisiones adoptadas.

En primer lugar, aunque los solicitantes acusan una supuesta inexistencia de hechos ciertos, serios, veraces y comprobados, en estricto sentido sus argumentos no demuestran que los hechos invocados en la Resolución CREG-034 de 2001 no sean ciertos, serios y veraces, sino que por el contrario están encaminados a señalar, de una parte, que tales hechos no son motivos suficientes que ameriten la adopción de las disposiciones contenidas en la mencionada Resolución, y de otra parte, que mientras los mismos no hayan sido comprobados por la Superintendencia, la CREG no podía presumir la existencia de abuso de posición dominante para proceder adoptar las medidas cuestionadas.

En relación con lo primero, se precisa que todos los hechos invocados en la Resolución CREG-034 de 2001 son ciertos, serios y veraces, y que no corresponden a suposiciones, rumores, consejas, o informaciones incompletas como lo afirman los solicitantes.

Es cierto, veraz, serio y además un hecho público notorio que no requiere prueba, que se han producido atentados terroristas, de público conocimiento, contra la infraestructura eléctrica del país, los cuales han dejado como saldo un gran número de torres de los Sistemas de Transmisión Nacional y de Transmisión Regional fuera de servicio. Y es igualmente cierto, veraz y serio que dicha situación ha provocado el fraccionamiento del Sistema Interconectado Nacional y por ende del mercado eléctrico colombiano, poniendo el Sistema en riesgo de racionamiento y el Mercado en condiciones de ser controlado por unos pocos agentes, dada la concentración de oferta provocada por dicho fraccionamiento; así como también lo es, que con la Resolución CREG-026 de 2001 no se logró mejorar las fallas que venía presentando el Mercado como consecuencia de la situación antes descrita; que bajo las mencionadas circunstancias, el despacho de los recursos se ha vuelto predecible en muchos casos, eliminando así uno de los factores determinantes de la competencia en el Mercado; que las mencionadas condiciones del Mercado podían inducir a la desoptimización energética del sector eléctrico, razón por la cual se podían estar desembalsando recursos que se requieren en términos energéticos, o poniendo en riesgo de vertimiento algunos embalses; que en los meses de febrero y marzo de 2001, alcanzaron máximos históricos; y que si bien, existen dificultades operativas para distinguir el desplazamiento en el despacho ideal por generaciones forzadas, del desplazamiento por energía atrapada, es claro que ambas situaciones son diferentes en términos comerciales.

Que los solicitantes consideren que los mencionados hechos no constituyen razones suficientes para adoptar medidas como las contenidas en la Resolución CREG-034 de 2001, no es razón válida para concluir que tales hechos no sean

al
pa

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

ciertos, veraces y serios. Esta conclusión presentada por los solicitantes a partir de la premisa mencionada, resulta inapropiada.

En relación con el argumento consistente en que la CREG no puede presumir el abuso de posición dominante, y a partir de dicha presunción adoptar medidas como las establecidas en la Resolución CREG-034 de 2001, dicho argumento resulta sin sustento por cuanto la Comisión de Regulación de Energía y Gas en manera alguna señaló mediante dicha Resolución que hubiera existido abuso de posición dominante y que dicha Resolución tuviera como fin controlar tales conductas.

Por el contrario, lo que la CREG de manera expresa señaló en la citada Resolución CREG-034 de 2001, fue que la voladura de torres provocó el fraccionamiento del Sistema Interconectado Nacional y por ende del mercado eléctrico colombiano, "poniendo el Sistema en riesgo de racionamiento y al Mercado en condiciones de ser controlado por unos pocos agentes dada la concentración de oferta provocada por dicho fraccionamiento". (Hemos subrayado).

Es decir, lo que la CREG hizo fue reconocer la existencia de factores externos que introdujeron fallas en el mercado, a tal punto que existía la posibilidad de que dicho mercado fuera controlado por unos pocos agentes, y en consecuencia adoptó decisiones tendientes a corregir tales externalidades, precisamente con el fin de evitar que como resultado de dicha situación se pudieran presentar abusos. Se recuerda en relación con este punto, cómo de acuerdo con la pluricitada sentencia C-1162 de 2000 de la Corte Constitucional, es claro que la Regulación es una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto; errores o fallas que como se ha dicho en la Resolución CREG-034 de 2001, se venían presentando, produciendo distorsiones e ineficiencias que debían ser corregidas.

Una cosa es advertir sobre la base de hechos ciertos, que el mercado esté presentado fallas, distorsiones o ineficiencias y adoptar medidas tendientes a corregir tal situación, y otra cosa bien distinta es controlar y castigar el abuso de posición dominante en que hayan podido incurrir los agentes prevaleciéndose de tal situación. La Resolución CREG-034 de 2001 no actuó en este último campo.

El primer caso está dentro del ámbito de las competencias expresamente atribuidas por la Ley a la CREG para corregir los errores de un mercado, que por la voladura de torres estaba presentando distorsiones e ineficiencias, para lo cual no se requiere haber demostrado o comprobado la conducta de los agentes, pues en este caso se actúa teniendo en cuenta principalmente las condiciones en que se encuentra el mercado, como en efecto lo hizo con las medidas adoptadas mediante la Resolución CREG-034 de 2001.

En el segundo evento, corresponde a las autoridades que ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control actuar sobre las conductas realizadas por los agentes, para determinar si las mismas efectivamente constituyen abuso de posición dominante y aplicar las medidas a que haya lugar.

al
ru

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

Respecto de los argumentos de los solicitantes en el sentido de que los hechos invocados por la Resolución CREG-034 de 2001, no constituyen razón suficiente para adoptar dichas medidas, hacemos las siguientes observaciones, teniendo en cuenta el orden en que fueron presentados:

- a) No se comparten las razones expuestas por los solicitantes en relación con el hecho de que *el Costo Marginal ha sido puesto, el 78% de las veces, por unos pocos agentes* no constituya una razón suficiente para adoptar medidas como las contenidas en la Resolución CREG-034 de 2001. En primer lugar, esa no fue la única razón que invocó la Comisión; en segundo lugar, bajo las condiciones de indisponibilidad del Sistema de Transmisión Nacional ocasionada por la voladura de torres, y dada la magnitud de la generación fuera de mérito, la posibilidad de que algunos agentes generadores pudieran poner permanentemente el precio en la Bolsa de Energía no se debía a una sobre oferta ni a un esquema de tomadores de precio, sino que por el contrario, podía ser resultado de la baja participación de la oferta de generación en mérito que se estaba dando. En este sentido, la Resolución CREG-034 de 2001 tiene como fin incentivar dicha participación, o en otros términos, promover la competencia en ese campo.

De otra parte, el 78% de las veces el Costo Marginal fue puesto por sólo dos agentes, situación que no se presenta en los análisis citados por los solicitantes.

- b) Para la Comisión, el hecho de que en un alto porcentaje el precio promedio de oferta de varios agentes sea igual o mayor que el precio de racionamiento, sin estar en condiciones de racionamiento de energía, es considerado una distorsión o ineficiencia del mercado. Esto por cuanto el Costo de Racionamiento busca dar una señal económica que refleje una condición de escasez, con el fin de hacer uso racional de los recursos disponibles en el SIN, escasez que no se estaba presentando. Dada la capacidad disponible, las condiciones hidrológicas y las características de la demanda en el momento, la existencia de este tipo de ofertas no corresponde al comportamiento esperado del Mercado.
- c) En cuanto al argumento relacionado con el hecho de que el despacho de los recursos se ha vuelto predecible en muchos casos por el fraccionamiento del Sistema, se considera que bajo condiciones normales de operación, la despachabilidad de algunos recursos de generación puede ser predicha con anticipación, debido a las restricciones normales del sistema de transporte, las cuales son marginales; por el contrario, la condición de fraccionamiento presentada en el sistema nacional por la voladura de torres, permitía que la certidumbre del despacho se extendiera a casi la totalidad de los recursos de generación, alcanzando una generación de seguridad fuera de mérito cercana al 60% de la demanda total del sistema. Lo anterior compromete seriamente la libre competencia que debería darse en la Bolsa de Energía con las consecuencias que esto trae sobre la operación misma del mercado. Sin embargo, dicha certidumbre no se veía reflejada en una reducción de los precios de oferta, como era de esperarse.

da
RLM

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

- d) La afirmación en el sentido de que *“el valor de la generación forzada, en un mercado estacional como el colombiano, se espera que en condiciones normales sea mayor durante el invierno y menor durante el verano; sin embargo, durante la estación actual de verano el valor de tal generación, principalmente en los meses de febrero y marzo de 2001, ha alcanzado máximos históricos”*, precisamente lo que indica es que las medidas adoptadas mediante la Resolución CREG-034 de 2001 buscan normalizar la operación del mercado de energía distorsionada por condiciones de fraccionamiento de la red de transporte.
- e) En cuanto a los argumentos de los solicitantes relacionados con el considerando en el cual se señaló *“que dada la diferencia existente entre la oferta y la demanda máxima del sistema, en un mercado bajo condiciones de competencia perfecta, se debería obtener precios máximos ofertados inferiores”*, se precisa que es un fundamento del mercado mayorista, que para efectos del Despacho Ideal se suponen condiciones de competencia, las cuales no se deben ver afectadas por la indisponibilidad de la red de transporte. La posición de un generador en el Despacho Ideal debería responder a la eficiencia relativa del mismo frente a los demás, y no a la disponibilidad de la red de transporte ni a la ubicación geográfica del mismo. Adicionalmente, para efectos del Despacho Ideal la indisponibilidad de la red de transporte no se ve reflejada como una disminución de la oferta, dada la consideración de un sistema uninodal para el esquema comercial.

Las anteriores razones muestran que efectivamente los hechos señalados en las consideraciones de la Resolución CREG-034 de 2001, reflejan distorsiones y señales ineficientes en el Mercado Mayorista, que justifican la adopción de medidas tendientes a corregirlas, ajustando las reglas a la nueva topología de la red.

2.3 No existe violación de los Artículos 23, lit. a); 34, ords. 1 y 2; 42, y 44, ord. 3) de la Ley 143 de 1994; y Artículos 3, penúltimo inciso; 10; 87, ords. 1, 4 y 7, de la Ley 142 de 1994.

Los cuestionamientos en relación con este punto se fundamentan principalmente en que según Leyes 142 y 143 de 1994, las ventas de electricidad por parte de los generadores de energía, serán libres y el precio será determinado por el libre juego del mercado; y que los precios establecidos en la Resolución CREG-034 de 2001, no permiten a los generadores recuperar los costos en que incurren para cubrir los requerimientos de generación de seguridad del Sistema Interconectado Nacional. Al respecto se considera:

2.3.1 Sobre la libertad de precios para remunerar la actividad de generación.

La Resolución CREG-034 de 2001 no impide que las ventas de electricidad por parte de los generadores sea libre y que el precio sea determinado por el libre juego del mercado, por cuanto la mencionada Resolución no afectó el mecanismo de formación de los precios en Bolsa establecidos en la regulación vigente.

de

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

Por el contrario, la citada Resolución busca incentivar que todos los generadores de electricidad, incluidos aquellos cuyas plantas sean requeridos para atender generaciones de seguridad, participen en la Bolsa de Energía; esto por cuanto un principio fundamental que rige el funcionamiento de la Bolsa es que las ofertas de precios y el Despacho Ideal a partir del cual se establece el precio de la Bolsa no considera la red de transporte. Prueba de los efectos de la Resolución CREG-034 de 2001, en relación con los fines buscados con la misma, se obtiene al analizar el comportamiento del mercado con posterioridad a la misma, el cual ha mostrado una apreciable tendencia a que más agentes participen en la Bolsa.

Es decir, bajo la Resolución CREG-034 de 2001, aún para el caso de los generadores cuyas plantas son requeridas para atender generaciones de seguridad, éstos pueden ofertar sus precios en Bolsa y ser remunerados con el precio de la Bolsa, si sus ofertas se encuentran en mérito para ser despachadas.

Los precios establecidos en la Resolución CREG-034 de 2001 aplican exclusivamente para las generaciones de seguridad de aquellos generadores que están por fuera de mérito, y que por tanto, están por fuera del precio de la Bolsa.

En síntesis, mediante la Resolución CREG-034 de 2001 la Comisión busca promover la competencia en la Bolsa de Energía y en la asignación de la generación de seguridad, de tal manera que dicha generación se remunere a precios resultantes del libre juego del mercado (Precio de Bolsa), pero en aquellos casos en que la competencia no es posible y existan generadores que son requeridos por el Sistema, la CREG determinó los precios máximos a los cuales se remunerará tal generación, con el fin de evitar que los generadores que bajo las condiciones de fraccionamiento del Sistema Interconectado Nacional y del Mercado, y de la consecuente concentración de la oferta, saben que sus recursos son requeridos por el Sistema para cubrir generación de seguridad, se aprovechen indebidamente de esa situación coyuntural de control que tienen sobre el Mercado.

En relación con el precio de las generaciones de seguridad fuera de mérito, vale la pena recordar que regulatoriamente éstas han tenido un tratamiento distinto del mecanismo de formación de los precios en la Bolsa de Energía, aún bajo condiciones normales de operación, razón por la cual no asiste razón a los solicitantes cuando califican de excepcional el hecho que la Resolución CREG-034 de 2001 haya establecido una nueva metodología para determinar la remuneración de las mismas, teniendo en cuenta las condiciones actuales del mercado.

2.3.2 En cuanto a los principios de eficiencia económica y suficiencia financiera.

En relación con la suficiencia financiera, la Ley 142 de 1994 prevé que en virtud de este principio, "...las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los

PL

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable...”

Vale la pena señalar que en virtud del principio de eficiencia económica, definido por el Artículo 87.1 de la Ley 142 de 1994, también invocado por los solicitantes, *“se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia...”*.

Es claro de acuerdo con este principio de eficiencia económica que: i) aún en el caso de las actividades para las cuales se establezca una tarifa por parte de la CREG, los precios fijados deben procurar que éstos se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo, lo cual busca la Resolución CREG-034 de 2001 al incentivar que los generadores cuyas plantas son requeridas por generaciones de seguridad oferten su energía en Bolsa bajo condiciones de competencia; y ii) que el principio de eficiencia económica únicamente permite trasladarle a los usuarios los costos económicos eficientes, por cuanto de manera expresa la norma prohíbe el traslado de costos ineficientes.

En cuanto a los argumentos de los solicitantes, relacionados con la afirmación en el sentido de que la Resolución CREG-034 de 2001 les impide recuperación de los costos en que incurren para cubrir requerimientos de seguridad del sistema, hacemos las siguientes observaciones:

- a) La estructura establecida para el mercado de energía implantado en Colombia, prevé diferentes mecanismos que permiten a los generadores la recuperación de sus costos fijos así como la rentabilidad de la inversión. Por esta razón, la generación de seguridad fuera de mérito busca recuperar solamente los costos variables en los que incurre el generador.

Los mecanismos previstos en el mercado de energía que permiten remunerar los costos fijos y obtener una rentabilidad de la inversión, son los siguientes:

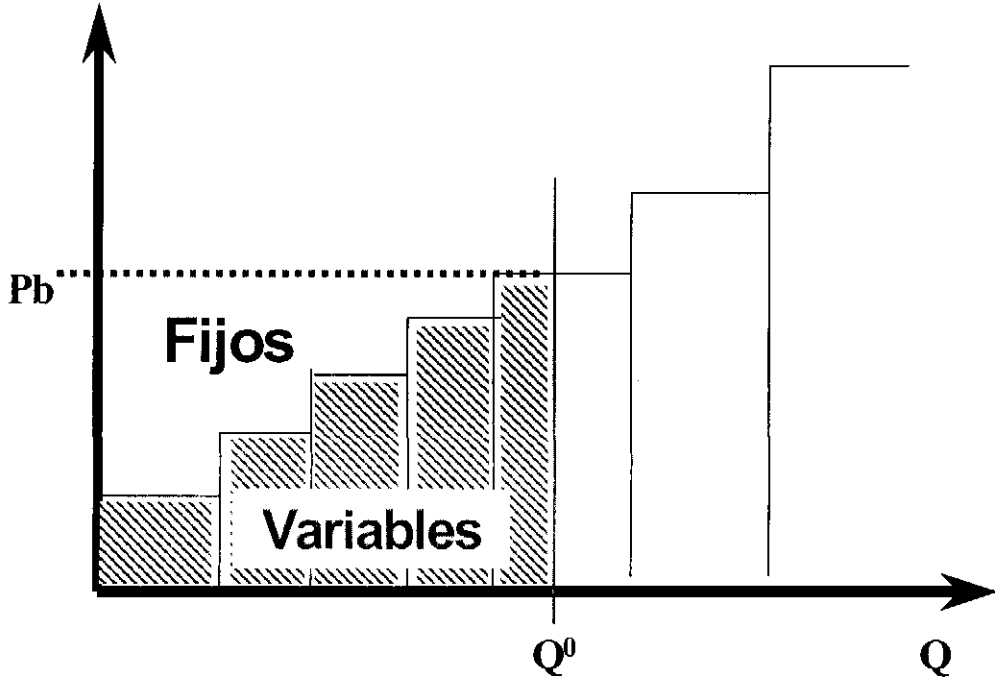
Mercado de Corto Plazo:

Corresponde al diferencial del precio de bolsa y el precio de oferta de los generadores que resultan despachados en mérito, considerando que su precio de oferta debe reflejar su estructura de costos variables.

ca

RA

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.



Contratos de Largo Plazo:

El mercado de contratos de largo plazo tiene como característica fundamental la libertad de precios, determinados de común acuerdo entre el comprador y el vendedor directamente o como resultado de una convocatoria pública, los cuales deben reflejar la estructura de costos del generador.

Cargo por Capacidad:

El Cargo por Capacidad es un mecanismo de ingreso mínimo no garantizado, sujeto a una firmeza esperada efectiva, que remunera parcialmente la inversión por kW instalado de los agentes generadores que contribuyen a la confiabilidad y firmeza del sistema, bajo criterios de eficiencia y de hidrología crítica.

De lo anterior se concluye que las generaciones de seguridad fuera de mérito no son el negocio en el Mercado Mayorista, y por tanto, no constituyen la única fuente de remuneración de los generadores. En dicho Mercado las transacciones principales son las ventas en Bolsa de Energía y los Contratos de Largo Plazo, las que pueden realizar de manera libre los generadores, y a través de las cuales también pueden buscar remunerar su inversión y obtener la rentabilidad que esperan de sus negocios, dado que es el escenario donde normalmente se transa el mayor porcentaje de la energía del país, aproximadamente el 75%, además de que pueden participar en la asignación del Cargo por Capacidad. El incremento de las generaciones de seguridad fuera de mérito corresponde a una situación anormal y coyuntural del Sistema, esto es, de los requerimientos debidos a la voladura de torres.

- b) Respecto de los argumentos de los solicitantes, relacionados con el hecho de que la Resolución CREG-034 de 2001 no les reconoce los costos en que

M

pu

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

incurren por la generación de seguridad fuera de mérito, se considera pertinente hacer las siguientes observaciones.

En cuanto al argumento relacionado con el hecho de que el precio del combustible derivado de los Contratos "Take or Pay" es superior al reconocido en la Resolución CREG-034 de 2001, es preciso aclarar que los topes establecidos en la Resolución CREG-034 de 2001 corresponden al Precio Máximo Regulado establecido en la Resolución CREG-023 de 2000, que reconoce una componente variable del 100%, asociado a un contrato del tipo pague lo demandado. Dicho límite sólo aplica para el gas proveniente de campos con Precio Máximo Regulado. Por tanto, el precio equivalente de los contratos de suministro, incluyendo componentes fijas y variables, no debería superar este Precio Máximo Regulado.

En materia del consumo térmico específico, se señala que mediante la Resolución CREG-034 de 2001 se estableció que para efectos de determinar el consumo térmico específico neto, se utilizaría la reportada para efectos del Cargo por Capacidad, dado que dicha información es reportada por los mismos agentes y es la utilizada para asignar anualmente el mencionado cargo. Sin embargo, dadas las observaciones presentadas por algunos agentes, y a partir de la nueva información obtenida, mediante la Resolución CREG-094 de 2001, se decidió reconocer una eficiencia real bajo las diferentes condiciones de operación de la planta y/o unidad de generación y las especificaciones del gas.

En materia de gravámenes y pérdidas aplicables al suministro y transporte de gas natural la Comisión considera que conforme a lo establecido en la Resolución CREG-034 de 2001, estos hacen parte de la estructura de costos variables que es posible sustentar y por lo tanto están incluidos en el CSC y el CTC; sin embargo mediante Resolución CREG-094 de 2001, se realizaron las aclaraciones correspondientes para señalar de manera expresa los costos variables que es posible sustentar de acuerdo con la Resolución CREG-034 de 2001.

Conforme a lo dispuesto en la Resolución CREG-034 de 2001, la Tasa Representativa del Mercado (TRM) a utilizar corresponde a la establecida en la correspondiente Resolución (Suministro o Transporte), y por lo tanto es esta la que debe ser utilizada por el ASIC para la correspondiente liquidación. Sin embargo, mediante la Resolución CREG-094 de 2001, se introdujeron precisiones respecto de la TRM a utilizar por el ASIC.

En cuanto a los Costos de Arranque y Parada correspondientes a las plantas a vapor, éstos fueron incluidos mediante la Resolución CREG-038 de 2001.

Los costos COM y CAP están establecidos según los costos índices de la UPME para cada tipo de tecnología, y en el caso del COM, el valor utilizado corresponde al costo índice de la UPME multiplicado por un factor de 1.5. Dichos costos se consideran eficientes y suficientes para la remuneración eficiente de tales conceptos.



Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

El CAP se estableció reflejando el desgaste de la unidad generadora debido al arranque y por consiguiente los mantenimientos asociados a dichos arranques. Adicionalmente se utilizó un factor de 20, asimilando cada arranque a 20 horas de operación. Dichos costos se consideran eficientes y suficientes para la remuneración eficiente de tales conceptos, teniendo en cuenta las diferentes tecnologías existentes en el parque de generación.

En relación con el argumento de los solicitantes, sobre la remuneración de la generación de seguridad a precio inferior al de la Bolsa, se señala que el mercado de energía mayorista y las disposiciones establecidas mediante la Resolución CREG-034 de 2001, permiten que el agente opte por participar compitiendo por la generación en mérito al realizar su oferta de precios a la Bolsa de Energía, y por tanto, que su energía le sea remunerada a precio de Bolsa, o que por el contrario genere fuera de mérito y que por tanto reciba el precio máximo de reconciliación establecido mediante la Resolución CREG-034 de 2001. En conclusión, de acuerdo con la Resolución CREG-034 de 2001, el esquema por el cual se remunera la generación de seguridad corresponde a la decisión del agente generador.

En cuanto al argumento relativo a una inadecuada valoración del Costo de oportunidad del agua, señalamos que la metodología establecida en la Resolución CREG-034 de 2001 y utilizada para la determinación del precio de Reconciliación Positivo de generadores hidráulicos, obedece a simulaciones realizadas por el Centro Nacional de Despacho utilizando modelos de largo plazo los cuales reflejan el costo futuro del recurso hídrico. Además, los puntos señalados en la curva reflejan la relación existentes entre los precios de los recursos térmicos y la valoración del agua.

- c) El argumento de los solicitantes relativo a que el aumento en el precio de oferta fue motivado por modificaciones introducidas mediante la Resolución CREG-062 de 2000, en virtud de la cual, *"...en la oferta el generador debía internalizar el costo de arranque para recuperarlo en una sola hora ocasionando que las ofertas sobrepasaran el umbral de racionamiento"*, no es cierto, dado que desde la Resolución CREG-055 de 1994, Artículo 6o., la oferta era horaria y debía reflejar, entre otros, los costos de arranque y parada. Es decir, dicha regla no la introdujo la Resolución CREG-062 de 2000, como lo afirman los solicitantes.
- d) En cuanto a los argumentos relacionados con la percepción del riesgo, como ya se señaló, bajo las condiciones de fraccionamiento de la red derivado de la voladura de torres, existe certeza sobre el despacho de los agentes que son requeridos para cubrir generaciones de seguridad, lo que elimina la incertidumbre de ser despachados. Sin embargo, como ya se dijo, esa situación de certeza no se reflejó en un menor precio, como sería de esperarse dada la eliminación de dicho riesgo de despacho.
- e) Respecto del argumento de Empresas Públicas de Medellín relacionado con las reconciliaciones negativas, es pertinente precisar que la Comisión consideró que la metodología establecida para el cálculo del precio de tales reconciliaciones bajo condiciones normales de operación, al aplicarla bajo la situación de fraccionamiento del Sistema provocado por la voladura de torres, podía introducir una señal para reducir artificialmente las ofertas de

ca

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

los generadores con energía atrapada, con el fin de asegurar su inclusión en el Despacho Ideal e incrementar el costo de las reconciliaciones negativas, dado que con dicha metodología una menor oferta podía aumentar la diferencia en relación con el precio de bolsa, e incrementar así sus reconciliaciones negativas. Por esa razón, se consideró conveniente ajustar dicha situación, sin dejar de remunerarles a los mencionados generadores el costo de oportunidad de la energía desplazada por la generación de seguridad fuera de mérito.

De otra parte, la Resolución CREG-034 de 2001 no desconoce que los agentes generadores pueden vender en Bolsa o cubrir sus contratos sin importar el estado de la red, lo cual es evidente dado que la citada Resolución no modifica los mecanismos de reconciliación ni de asignación de contratos. Un generador que sale asignado en el Despacho Ideal, cubre sus contratos con este Despacho, razón por la que aún bajo la Resolución CREG-034 de 2001, los contratos del generador con energía atrapada que sale asignado en el Despacho Ideal, son despachados y liquidados a precios de contrato, además de que el generador adicionalmente percibe el precio de la respectiva reconciliación negativa.

La reconciliación negativa reconoce a los mencionados agentes un margen por el hecho de haber sido desplazados del Despacho Real por una restricción en la red de transporte. La metodología de cálculo del precio de esa reconciliación, establecida por la Resolución CREG-034 de 2001, reconoce un costo de oportunidad de la energía que no generan debido principalmente a la situación provocada por la voladura de torres, y si bien el margen no es el mismo que pudiera obtenerse bajo la metodología prevista para las situaciones normales de operación del Sistema, no quiere ello decir que bajo la nueva metodología el generador tenga que adquirir energía más costosa o que no pueda cubrir con el Despacho Ideal sus contratos, como lo afirma la empresa.

Por las anteriores razones, se concluye que las medidas adoptadas por la Comisión reconocen los costos eficientes en que se incurre por la generación de seguridad fuera de mérito, razón por la que no se puede concluir que se estén violando los principios de eficiencia y suficiencia financiera, por que precisamente lo que ha hecho la Comisión es dar aplicación a tales principios.

Por las mismas razones, tampoco resultan válidos los argumentos de los solicitantes en el sentido de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas les haya impuesto mayores cargas a los generadores y los haya obligado a asumir los costos de las voladuras de las torres, o que la Comisión les haya desconocido el derecho de propiedad, pues como se ha dicho, de una parte, la Resolución CREG-034 de 2001 no establece que la generación de seguridad fuera de mérito deba ser gratuita, sino que se remunere con los costos de eficiencia allí reconocidos, y de otra parte, la citada Resolución permite que si un generador tiene razones justificadas que le impidan generar, no genere electricidad.

es

th

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

2.4 No existe violación del Artículo 38 de la Ley 143 de 1994.

El cargo se fundamenta en el argumento de que al mantener la confidencialidad de la información relacionada con las ofertas presentadas por los generadores, durante 15 días, supuestamente se desconoce el derecho para los generadores de conocer en forma oportuna la información para el planeamiento y la operación del Sistema Interconectado Nacional.

La norma invocada dispone:

"Las empresas generadoras de electricidad, las distribuidoras y las que operen redes de interconexión y transmisión tendrán la obligación de suministrar y el derecho de recibir en forma oportuna y fiel la información requerida para el planeamiento y la operación del sistema interconectado nacional y para la comercialización de la electricidad".

Se entiende de la norma transcrita que la información que tienen derecho a conocer las empresas, es aquella requerida para el planeamiento y la operación del SIN y para la comercialización de electricidad. Para realizar sus ofertas a la Bolsa de Energía, los generadores no requieren de forma inmediata, de la información sobre las ofertas de los demás generadores, razón por la cual no es cierto, como lo afirman los solicitantes que se les viole el derecho a conocer oportunamente tal información.

Sin embargo, dada la evolución que ha venido presentando el Mercado Mayorista, se consideró que es posible reducir el término para la publicación de la información sobre ofertas de los agentes, para que ésta sea publicada el respectivo día de despacho, lo cual se estableció mediante la Resolución CREG-094 de 2001.

2.5 No existe violación del Artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal (C. P. y M), Artículo 8o. de la Ley 57 de 1985 y el Artículo 58 de la Constitución Política (Derechos Adquiridos).

Argumentan los solicitantes que el Artículo 5o. de la Resolución CREG-034 de 2001, no puede regular el pago de las restricciones de los meses de febrero y marzo del mismo año, causadas antes de la entrada en vigencia de dicha Resolución, por que estaría produciendo efectos retroactivos, lo cual, en su concepto es violatorio de las normas mencionadas.

En primer lugar, debe precisarse que la Resolución CREG-034 de 2001 no desconoce los derechos que tienen los generadores sobre el valor de las restricciones presentadas antes de la vigencia de la mencionada Resolución. De otra parte, tales restricciones se liquidan con base en las normas vigentes cuando se presentaron, y no con base en la metodología establecida en la Resolución CREG-034 de 2001 para determinar el precio de las restricciones.

Por tal razón no puede afirmarse, como lo hacen los solicitantes, que la Resolución CREG-034 de 2001 les esté desconociendo derechos adquiridos, por cuanto en estricto sentido el derecho que les asiste es sobre los valores resultantes de las normas vigentes cuando se presentaron, derecho que no se lo desconoce la Resolución CREG-034 de 2001.

ma

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

Ahora bien, el hecho que la CREG haya establecido en la Resolución CREG-034 de 2001 vencimientos distintos para la facturación de las restricciones correspondientes a febrero y marzo, no implica el desconocimiento de un derecho adquirido, sino la regulación del ejercicio de tal derecho, dos aspectos cuyo régimen de aplicación en el tiempo la Ley 153 de 1887 distingue claramente:

“Artículo 28: Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.”
(Hemos subrayado).

De acuerdo con la norma transcrita, uno es el régimen aplicable a la adquisición del derecho, y otro puede ser el relativo al ejercicio del derecho. En el caso de las normas de la Resolución CREG-034 de 2001 relacionadas con la facturación de las restricciones, es claro que no versan sobre la adquisición, sino sobre el ejercicio del mismo, esto es sobre la forma como se cobrarán a la demanda las restricciones a que tienen derecho los generadores, aspecto que de conformidad con el Artículo 28 de la Ley 153 de 1887, se rige por la nueva ley.

Por las anteriores razones se concluye que no existe la violación de las normas invocadas por los solicitantes.

2.6 No existe violación de los Artículos 1604 y 2341 del Código Civil y 29 de la Constitución Política.

Según los solicitantes, los incisos 1 y 2 del Artículo 4o. de la Resolución CREG-034 de 2001 violan estas normas invocadas, por haber invadido la CREG el ámbito de competencia del legislador, que fue quien definió el régimen de responsabilidad del deudor, así como la órbita de la rama judicial, y por haber desconocido el principio de presunción de inocencia.

La parte del Artículo 1604 del Código Civil invocada por los solicitantes, prevé:

“Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

De esta norma concluyen los demandantes, que el régimen de responsabilidad es un asunto establecido y reservado al legislador sobre el cual la CREG no tiene competencia.

Es cierto que las normas sobre el régimen general de responsabilidad están contenidas de manera principal en el derecho privado, desde luego, no por que la norma transcrita por los solicitantes así lo establezca, sino porque de manera general el Código Civil y la legislación que lo complementa así lo ha definido. Pero es igualmente cierto que las normas expedidas por la CREG no tienen como fin, ni como efecto, introducir modificaciones al mencionado régimen, sino por el contrario, dar aplicación a lo que las normas generales disponen en la materia.

En efecto, el Artículo 2341 del Código Civil, establece:

pu

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

La jurisprudencia y la doctrina moderna han considerado que esta norma consagra los elementos esenciales de la teoría general de la responsabilidad civil extracontractual, en virtud de la cual todo aquel que realiza un hecho que causa un daño a otro, debe indemnizarlo.

Las mencionadas normas de la Resolución CREG-034 de 2001, señalan:

"Si el precio de oferta de un generador supera el Costo del Primer Segmento de Racionamiento, su Disponibilidad se tomará como cero (0). En caso que el CND hubiere requerido la unidad y/o planta de generación para cubrir una generación de seguridad, y el generador no haya podido justificar debidamente su oferta ante las autoridades competentes, el agente será responsable por los perjuicios derivados del racionamiento causado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueda tomar posesión de la empresa, de conformidad con el Artículo 59.1 de la Ley 142 de 1994.

Cuando un generador declare para el despacho horario una disponibilidad igual a cero (0) y su precio de oferta sea inferior al Costo del Primer Segmento de Racionamiento y la unidad y/o planta de generación sea requerida por el CND para cubrir una generación de seguridad, si la planta y/o unidad de generación se encuentra indisponible y las autoridades competentes determinan que su indisponibilidad no es justificada, el agente será responsable por los perjuicios derivados del racionamiento causado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueda tomar posesión de la empresa, de conformidad con el Artículo 59.1 de la Ley 142 de 1994". (Hemos subrayado).

Las dos normas en comento, claramente señalan que si debido a conductas injustificadas de un generador, se genera un racionamiento, y dicho racionamiento causa perjuicios, tales perjuicios deben ser indemnizados por el generador responsable de la conducta dañina. Como se observa aquí están comprendidos los elementos de la teoría general de la responsabilidad civil extracontractual señalados en el Artículo 2341 del Código Civil, esto es, que se trata de un hecho imputable al generador, que el hecho del generador causa un daño, y que el daño debe ser indemnizado, razón por la que es necesario concluir que las normas de la CREG lo que hacen es dar aplicación a las normas del código civil, y no violarlas, como lo afirman los solicitantes.

Ahora bien, es claro que la responsabilidad por los hechos atribuidos al generador, en caso de controversia entre el causante del daño y el perjudicado, debe ser determinada en cada caso concreto por el juez competente, evento en el cual las normas de la Resolución CREG-034 de 2001 no le impiden al juez aplicar toda la normatividad que resulte pertinente, bien sea para determinar la responsabilidad del generador, para justificar la conducta del mismo, o bien para aplicar las causales generales eximentes de responsabilidad, razón por la que no puede concluirse como lo hacen los solicitantes, que las medidas de la CREG invadan la órbita de la rama judicial y desconozcan el principio de presunción de inocencia consagrado por el Artículo 29 de la Constitución Política.

al
pu

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

Mediante las medidas contenidas en los incisos 1 y 2 del Artículo 4o. de la Resolución CREG-034 de 2001, la CREG busca prevenir que los generadores que saben que son requeridos por el sistema para cubrir generaciones de seguridad, decidan de manera injustificada no generar y causar racionamientos, pues esta conducta puede resultar nociva para el sistema si se efectúa por el agente sin razón que la justifique, prevaleciéndose la posición en que se encuentra frente a los requerimientos del sistema.

No obstante, se deja claro que si el generador tiene razones comprobables que justifiquen que su precio de oferta es superior al costo señalado por el inciso primero del Artículo 4o. de la Resolución CREG-034 de 2001, o si su indisponibilidad es justificada, no está obligado a generar ya que precisamente en ese caso podrá justificar su conducta como lo señala esta norma.

De otra parte, en cuanto al carácter confiscatorio y expropiatorio que los solicitantes atribuyen a las mencionadas normas de la Resolución CREG-034 de 2001, se observa que tanto la confiscación como la expropiación son figuras jurídicas que implican la extinción del derecho de dominio que los particulares ejercen sobre un bien, de tal manera que una vez aplicada cualquiera de las mencionadas figuras el bien deja de pertenecer al particular. Por tal razón, no puede afirmarse, como lo hacen los solicitantes, que las medidas adoptadas en el Artículo 4o. de la Resolución CREG-034 de 2001 tengan tales efectos, pues estas normas no le extinguen el derecho de dominio que los generadores tienen sobre sus plantas.

Por las anteriores razones, se concluye que no existe la violación de los Artículos 29 de la Constitución Política ni de los Artículos 1604 y 2341 del Código Civil.

2.7 No existe violación del Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

La norma invocada por los solicitantes, dispone:

"En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

Como ya se expuso en los Numerales 2.2 y 2.3 de esta Resolución, las decisiones adoptadas en la Resolución CREG-034 de 2001 son adecuadas a los fines que las leyes 142 y 143 de 1994 atribuyen a la facultad de intervenir en los servicios mediante la regulación por parte de la CREG, y además son proporcionales a los hechos invocados para la adopción de las mismas, razón por la cual resulta improcedente el cargo de supuesta violación del Artículo 36 del C.C.A.

2.8 No existe violación de los Artículos 29 de la Constitución Política, 23 de la Ley 143 de 1994, y 3o. de la Ley 489 de 1998.

Según los solicitantes, la supuesta violación por parte de la Comisión radica en el hecho de no haber oído el concepto del Consejo Nacional de Operación, en

RV

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

aplicación del literal i) del Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, para expedir la Resolución CREG-034 de 2001.

De conformidad con lo definido en el Artículo 11 de la Ley 143 de 1994, el Reglamento de Operación es un conjunto de varios documentos organizados conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional, que comprende las normas relativas a dos materias:

- a) El planeamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional; y
- b) El funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía.

La Ley 142 de 1994, Artículo 74.1, literal c), que le atribuyó a la CREG la facultad de establecer el Reglamento de Operación para regular los dos aspectos señalados, no estableció como requisito para tal fin, oír el concepto previo del Consejo Nacional de Operación.

El literal i) del Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, estableció la obligación de oír el concepto del CNO, pero solamente en relación con la regulación de los aspectos relativos al planeamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional.

Por lo anterior, se concluye que para expedir las normas del Reglamento de Operación que regulan el funcionamiento del Mercado Mayorista, la ley no establece como requisito obligatorio oír el concepto del CNO.

Dado que la ley no exige el concepto del CNO como requisito obligatorio para expedir las normas del Reglamento de Operación relativas al funcionamiento del Mercado Mayorista, la Comisión de Regulación de Energía y Gas no estaba obligada a oír dicho concepto para efectos de la expedición de la Resolución CREG-034 de 2001, la cual, tanto formal como materialmente, regula aspectos eminentemente comerciales del funcionamiento de dicho Mercado.

En síntesis, el literal i) de la Ley 143 de 1994 no establece como requisito para expedir las normas del Reglamento de Operación relativas al funcionamiento del mercado, oír el concepto del Consejo Nacional de Operación, razón por la que no puede concluirse la violación que argumentan los solicitantes.

2.9 Imposibilidad para las empresas de cumplir la Resolución CREG-034 de 2001, por violar los principios de eficiencia económica y competencia desleal consagrados legalmente.

Señalan la Central Hidroeléctrica de Betania y Emgesa, que la Resolución CREG-034 de 2001 las obliga a vender por debajo de sus costos, con lo cual incurren en una práctica restrictiva de la competencia por fijación de precios inequitativos o 'predatorios', al tenor de lo dispuesto por el Artículo 50 Numeral 1, del Decreto 2153 de 1992.

Los precios establecidos en la Resolución CREG-034 de 2001 para remunerar los costos variables de la generación de seguridad fuera de mérito, incluyen

Por la cual se resuelven las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones CREG-034 y CREG-038 de 2001.

todos los conceptos en que se incurre por dicha generación, razón por la cual dichos precios no pueden ser considerados predatorios. De otra parte, el generador es libre de escoger la forma de participación en el mercado, entre las diversas opciones que le permite la normatividad vigente como ya se ha explicado, y existen los mecanismos antes descritos para remunerar los costos de capital y rentabilidad de la inversión.

Por las razones anteriormente expuestas, se concluye que la Resolución CREG-034 de 2001, no se encuentra inmersa en los supuestos previstos en el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo que dan lugar a la revocatoria directa de los actos de la administración; en consecuencia la Comisión de Regulación de Energía y Gas,


RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. No acceder a las solicitudes de revocatoria directa interpuestas por Flores III Ltda. & Cía S.C.A E.S.P, Termotasajero E.S.P., Termocartagena S.A. E.S.P., Emgesa E.S.P., Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., Termocandelaria S.C.A. E.S.P., Chivor S.A. E.S.P., Proeléctrica & Cía S.C.A, Merieléctrica E.S.P., la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica - ACOLGEN, Empresas Públicas de Medellín y Termovalle S.C.A E.S.P., contra la Resolución CREG-034 de 2001, ni a la solicitud de revocatoria presentada por Empresas Públicas de Medellín contra la Resolución CREG-038 de 2001.

ARTÍCULO 2o. La presente Resolución deberá notificarse a las personas señaladas en el Artículo anterior. Contra este acto no procede recurso alguno en la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. C., el día


RAMIRO VALENCIA COSSIO
Ministro de Minas y Energía
Presidente


DAVID REINSTEIN BENÍTEZ
Director Ejecutivo

