



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 024 DE 2003

(13 MAYO 2003)

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

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,

C O N S I D E R A N D O:

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas expidió la Resolución CREG-083 de 2002 *"Por la cual se establecen los Ingresos Regulados por concepto de los servicios prestados por el CND, el ASIC y el LAC para el año 2003"*;

Que mediante escrito radicado ante la CREG bajo el número 001802 del 27 de febrero del año en curso, la empresa EMGESA S.A ESP, por conducto de su apoderado general, presentó una solicitud de revocatoria contra el literal f) y los parágrafos 2 y 3 del artículo 3o. de la Resolución CREG-083 de 2002;

Que el texto de las disposiciones cuya revocatoria se solicita, es del siguiente tenor:

ARTICULO 3o. Revisión de los Ingresos Regulados. Durante el período de vigencia de los Ingresos Regulados mensuales establecidos en el Artículo 2o. de esta Resolución, éstos se revisarán de la siguiente manera:

[...]

f) Los costos asociados al personal de ISA que se encuentran jubilados y que al momento de su jubilación prestaban sus servicios al CND, MEM o al LAC, serán analizados por la Comisión y determinados en Resolución aparte.

[...]

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

Parágrafo 2. Los honorarios por defensa judicial asociada con demandas instauradas por los agentes del mercado, por la aplicación por parte del ASIC o el CND de la reglamentación vigente, en ejecución del contrato del mandato suscrito con los agentes en el mercado, serán asignados a dichos agentes en las siguientes proporciones:

Generadores: El 50% de los costos establecidos en el presente parágrafo se distribuirá a prorrata de la capacidad instalada en kW de los generadores que se encuentren conectados al SIN el primer día de cada mes a liquidar.

Comercializadores: El 50% de los costos establecidos en el presente parágrafo se distribuirá a prorrata de la demanda en kWh del mes a liquidar de los comercializadores registrados ante el SIC, para los comercializadores que no atienden demanda final se considerara el total de transacciones de compra de energía en Bolsa y contratos de largo plazo en kWh.

Para los efectos anteriores la demanda total será la demanda comercial más el total de transacciones de compra de energía en Bolsa y contratos de largo plazo en kWh de los comercializadores que no atienden demanda final.

Parágrafo 3. Los honorarios por defensa judicial asociada con demandas instauradas por los agentes del mercado, por la aplicación por parte del LAC de la reglamentación vigente en ejecución del respectivo contrato de mandato, serán asignados en su totalidad a los transportadores y se distribuirá a prorrata del Ingreso Regulado Mensual Causado asignado a cada uno de los agentes transportadores.

Que la solicitante fundamenta su petición en las razones que se transcriben a continuación:

2.1. Falta de competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas para adoptar las medidas controvertidas.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas no tiene competencia para imponer una obligación que afecta el patrimonio de las personas, tal como ocurre en este caso.

En efecto, las facultades atribuidas por los literales c) y d) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, en relación con la aprobación de los cargos por los servicios de despacho y coordinación prestados por el Centro Nacional de Despacho, así como las facultades atribuidas por los artículos 32 de la misma Ley 143, y los artículos 167 y 171 de la Ley 142 de 1994, que le asignan competencia para establecer los costos de funcionamiento del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, no le atribuyen capacidad para imponer unilateralmente un gasto que afecta el patrimonio de las personas, en este caso, de los agentes generadores, comercializadores y transportadores que actúan en el mercado de energía mayorista. La facultad del administrador no puede desconocer la garantía consagrada en el artículo 58 de la Constitución Política, en relación con la propiedad privada, como se pretende hacer en el caso de los parágrafos 2 y 3 del artículo 3 de la Resolución CREG-083/02.

Adicionalmente, el régimen patrimonial está definido por la ley, sin que pueda una decisión adoptada por una autoridad administrativa modificarlo o extender los

2

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

efectos de una acto que se convierte en una carga que no está autorizada o consagrada por el legislador, en forma expresa. Las limitaciones a dicho régimen sólo están previstas por razones de interés general, por preservación del bien común, o por medidas expropiatorias, de conformidad con lo previsto en la Constitución Política. Las demás, solamente podrán provenir del acuerdo de voluntades, expresado en los términos de la ley misma, y no por la decisión de una autoridad administrativa, como lo es la Comisión de Regulación para este caso particular.

Tampoco se puede afirmar que tales medidas se adoptan en ejecución del contrato de mandato celebrado entre el ASIC y los agentes del mercado. Si ello es así, las relaciones que surgen deben sustentarse en el contrato mismo, y no por una actuación que se considera alejada de los mandantes, quienes deben acordar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, la asignación de los costos originados en una relación contractual como es la que surge entre quien se hace parte en un proceso judicial y su respectivo apoderado.

2.2. Violación de las normas procesales que regulan el pago de las costas procesales.

Artículo 392 C.P.C¹/. *Condena en Costas.* En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos o en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

Obligado al pago: "1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a la que pierda el incidente o los trámites especiales que lo sustituyen....."

Forma y oportunidad del pago: Artículo 388 C.P.C: "Ejecutoriada la providencia que fije los honorarios, dentro de los tres días siguientes, la parte que los adeuda deberá pagarlos al beneficiario, o consignarlos a la orden del juzgado o Tribunal para que los entregue a aquél sin que sea necesario auto que lo ordene."

La Resolución CREG 083 de 2002 establece un cobro que excede este precepto legal además de que anticipa y retiene su pago por agentes que no han sido vencidas (sic) en ningún proceso.

2.3. Violación del derecho al tratamiento igualitario (Constitución Política, artículo 13).

Las decisiones de la Comisión de Regulación establecidas en los párrafos 2 y 3 del artículo 3 de la Resolución CREG- 083/02, configuran un tratamiento discriminatorio que desconoce el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y que debe mantenerse entre todos los agentes que participan en el mercado de energía mayorista, al imponer una carga económica que no les corresponde, como es el caso del pago de las agencias en derecho, aún en el caso del agente que acude al juez competente para defender sus derechos, eventualmente lesionados o desconocidos por una actuación del ASIC, LAC o CND.

Como se sabe, el pago de las agencias en derecho es "*un privilegio a favor de quien tuvo que acudir a un proceso para defender sus derechos y sus causas.*"²/ no se puede imponer válidamente a quien ha resultado lesionado por una decisión del ASIC, LAC o CND, una carga adicional que agrava, de manera clara, su situación. Ni tampoco puede imponerse a quienes son ajenos a la controversia misma de la decisión, la extensión de unos efectos que le son, igualmente, ajenos a su situación particular frente al mercado de energía mayorista.

¹ Se aplica el C.P.C por remisión expresa del art. 171 del C.C.A

² Corte Constitucional, Sentencia C-274/98.

7

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

2.4 Falsa motivación de la norma.

Los motivos son los hechos que han provocado la decisión, que han determinado a su autor a tomarla, puede ser ilegal por que los motivos alegados por su autor en realidad no han existido o no tienen el carácter jurídico que el autor les ha dado o por que los motivos por su naturaleza no podían justificar legalmente la medida tomada.

La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal sino de fondo, la motivación ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión.

La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y arbitrario, y ello, por que si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien lo adopta, apoyo insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen para el poder puramente personal.

La motivación es una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental as (sic) la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en el derecho.

2.5. Violación del principio de unidad normativa

El principio de Unidad Normativa tiene regulación constitucional en el ordenamiento jurídico nacional, en los art. 158 y 169.

En efecto, Artículo 158 C.P. *"Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionan con ella...."*

Por su parte, el Artículo 169 dispone: *"El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido...."*

La resolución CREG 083 de 2002, se denomina *"Por la cual se establecen los Ingresos Regulados por concepto de los servicios prestados por el CND, el ASIC y el LAC"*

Este principio que se predica de los proyectos de ley alude, asimismo, a los actos administrativos de carácter general que expidan las Corporaciones Públicas (Consejo de Estado, Sección Primera, julio 30 de 1997, Exp. 4434 del MP: Dr. Juan Pablo Figueroa)

El principio de Unidad Normativa está definido como una Técnica de la formulación de la norma en orden a racionalizar el proceso legislativo y la consecución de determinados fines jurídicos generales, así como evitar que durante el desarrollo de su discusión y formación se les introduzcan artículos sin relación objetiva y razonable con la temática general.

En el caso que nos ocupa, es evidente que aunque la resolución 083 de 2002 pretende establecer los Ingresos Regulados que devengaría ISA CND por razón de la prestación de un servicio que le está atribuido por ley, el pago de los jubilados que prestaban sus servicios al CND- MEM o al LAC de ISA y el pago de las agencias en derecho, cuando quiera que el ASIC, LAC o el CND deban constituir apoderados judiciales dentro de los procesos promovidos por los agentes del mercado, no son ni pueden ser ingresos regulados, implicando que la CREG está utilizando indebidamente normas de su competencia.

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

2.6 Violación de los artículos 1263, 1271 y 1274 del Código de Comercio.

Violación de Normas superiores que regulan el mandato:

- Incompatibilidades del Mandatario

Este aspecto debe analizarse desde dos puntos de vista, uno desde el punto de vista del contrato mismo de mandato y otro es mirarlo de manera más específica en lo que tiene que ver con el ejercicio de la abogacía, cuyo sustrato contractual es un mandato.

Es así como el *Art. 1274 del Código de Comercio* dispone que el mandatario no podrá hacer de contraparte del mandante, salvo expresa autorización de este.

Por su parte, el *Estatuto de la abogacía* (Decreto 196 de 1971). La norma coloca a los apoderados de ISA en situación de falta de lealtad con el cliente, en los términos definidos por el Artículo 53, N° 4: "*Asesorar, patrocinar o representar, simultánea o sucesivamente a quienes tengan intereses contrapuestos, sin perjuicio de que pueda realizar con el consentimiento de todos, gestiones que redunden en provecho común.*"

- Indebida Aplicación de Fondos del Mandante

Artículo 1271 Código de Comercio. El mandatario no podrá emplear en sus propios negocios los fondos que le suministre el mandante y, si lo hace, abonara a éste el interés legal desde el día en que infrinja la prohibición y le indemnizará los daños que le cause, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes al abuso de confianza.

La misma regla se aplicará cuando el mandatario dé a los dineros suministrados un destino distinto del expresamente indicado.

Artículo 1263. El mandato comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento. El mandato general no comprenderá los actos que exceden del giro ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo que se haya otorgado autorización expresa o general.

2.7 Violación al principio de la eficiencia que se exige, tanto para el sistema como para las Empresas de Servicios Públicos, en la Constitución y en las leyes 142 y 143 de 1994.

A partir de la Constitución política de 1991 y con la adopción de las leyes 142 y 143 de 1994, la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica esta enmarcado en la aplicación de varios principios, cuya materialización garantiza a favor de los administrados el cumplimiento de los "Fines sociales del Estado". En ese contexto, el principio de "eficiencia" se torna en pilar fundamental en la prestación de servicios públicos, por cuanto de su aplicación y efectividad depende la adecuada satisfacción de la demanda de energía.

El principio de eficiencia tiene sustento constitucional y legal, por lo tanto debe ser respetado por la CREG en el desarrollo de sus competencias regulatorias, debido a que resulta ilegal equiparar jerárquicamente la regulación con la ley o con los actos administrativos que expida el gobierno.

En un sentido económico y citando al tratadista Hugo Palacios Mejía, "eficiencia" significa:

"La relación que existe entre la cantidad de recursos que se emplea para producir un bien o servicio y la cantidad del bien o servicio que se logra; un proceso productivo es más eficiente que otro si, con la misma cantidad de recursos obtiene mayor cantidad del bien o servicio que se desea. Un servido es ineficiente, o menos eficiente que otro en el caso contrario. Los conceptos de eficiencia y productividad están íntimamente relacionados".

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

Por su parte, en cuanto a la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios la Constitución Política de Colombia en su artículo 365 prevé:

"Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (se subraya)."

De igual forma la ley 142 de 1994 dispone su artículo segundo:

"Intervención del Estado en los servicios públicos.

El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334,336,365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

...2.2.Prestación eficiente

...3.3.Regulación de la prestación de los servicios público 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" (subrayas fuera de texto).

En cuanto a las obligaciones de las empresas de servicios públicos domiciliarios, el artículo 11.1 dispone:

"Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que prestan los servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

11. 1 Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abusos de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o terceros"(subrayas fuera de texto).

En cuanto a las funciones de las comisiones de regulación, el artículo 73 de la ley 142 dispone:

"Las comisiones de regulación tiene la función 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 "(subrayas fuera del texto).

La Ley 143 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional establece en el artículo 4:

" El Estado, en relación con el servicio de electricidad tendrá los siguientes objetivos en el cumplimiento de sus funciones:

a) 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.

b) Asegurar una operación eficiente, segura y confiable en las actividades del sector. (Subrayas fuera del texto).

De forma más concreta el artículo 6 de la Ley 143 de 1994 en relación con los principios que rigen las diferentes actividades relacionadas con el servicio de electricidad, dispone:

" Las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se regirán por los principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad.

7

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

El principio de eficiencia obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico..." (subrayas fuera del texto)

De igual forma, el artículo 20 dispone:

"En relación con el sector energético la función de regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio... (subrayas fuera del texto).

Finalmente, en cuanto a los objetivos del sector eléctrico, el artículo 66 de la ley 143 de 1994 señala:

"El ahorro de la energía así como su conservación y uso eficiente es uno de los objetivos prioritarios en el desarrollo de las actividades del sector eléctrico".

Ningún cargo regulado por la CREG para las actividades del sector eléctrico o gas reconocen los costos de la defensa judicial. Por ejemplo, al fijar los cargos de distribución, la CREG no incorpora y por ende no permite, el cobro de la defensa judicial del distribuidor en el cálculo de los ingresos. En forma similar, ocurre en la generación al justificar los costos variables de las ofertas o en el cálculo del cargo por uso del STN, los costos de la defensa judicial de todos los agentes, son pagados con el margen de utilidades del agente, y por lo tanto los mimos tienen una clara señal de eficiencia para controlar dicho rubro.

La ley sólo faculta a la CREG para remunerar los costos eficientes al fijarlos (sic) ingresos regulados de los agentes, entre ello (sic) al operador el sistema y el administrador del mercado. La defensa judicial no es inherente al servicio que presta el CND, el ASIC o el LAC. Los costos del CND, ASIC y LAC van directamente a la tarifa del usuario final.

Que para resolver esta solicitud de revocatoria directa la Comisión considera lo siguiente observando para ello el mismo orden y titulación allí previsto:

Preliminarmente se advierte que el literal f) del artículo 3 de la Resolución CREG - 083 de 2002 no es un acto administrativo sino el simple anuncio de que la CREG se ocupará con posterioridad del análisis de los costos asociados con el personal de ISA, que se encuentran jubilados, y que al momento de su jubilación prestaban sus servicios al CND, MEM o al LAC, lo cual se definirá en resolución aparte.

Es claro entonces que no es el acto impugnado el que decide sobre éstos costos sino que los mismos se decidirán con posterioridad.

Como el presupuesto obvio y legal, en los términos del art. 69 del C.C.A, para la revocatoria de un acto administrativo es que éste exista, la solicitud de revocatoria respecto del literal en cuestión será objeto de rechazo.

1. Falta de competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas para adoptar las medidas controvertidas.

La competencia invocada por el acto cuestionado es la que surge de los artículos 23 literales c y d y 23 de la Ley 143 de 1994 y 167 y 171 de la Ley 142 de 1994. Según la motivación de este mismo acto, estas normas imponen a la Comisión el deber de establecer los costos de funcionamiento del Administrador del Sistema de Intercambios

7

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

Comerciales – ASIC y del Liquidador y Administrador de Cuentas – LAC por uso del Sistema de Transmisión Nacional. Estos últimos determinados previamente por el numeral 4.5 del Anexo No. 1 de la Resolución CREG – 012 de 1995.

Sobre el particular es necesario advertir que la competencia atribuida a la Comisión, específicamente por literales c y d del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, para definir la metodología para el cálculo de los cargos por los servicios de despacho y coordinación prestados por el Centro Nacional de Despacho y su consecuente aprobación, comprende al ASIC y al LAC, pues éstos no son más que dependencias del CND, dependencia a su vez de Interconexión Eléctrica S.A ESP.

Observado lo anterior, interesa establecer que el ejercicio de la competencia de la CREG para la definición de la metodología para el cálculo de los cargos por los servicios prestados por el CND y la aprobación de los mismos supone, como es elemental, la determinación de los costos de funcionamiento en que incurre para la prestación de los referidos servicios, como lo reconoce el propio impugnante respecto del ASIC, pues la determinación de éstos es condición necesaria para la aprobación del valor de los cargos.

Establecido que a la CREG le corresponde definir los costos de funcionamiento del CND, el LAC y el ASIC, para responder la impugnación se hace necesario establecer si los honorarios por la defensa judicial asociada con demandas instauradas por los agentes del mercado por la aplicación por parte del ASIC, el LAC o el CND de la reglamentación vigente en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado, constituyen o no costos de funcionamiento por prestación de servicios de despacho, coordinación y técnicos³ a los agentes del Mercado de Energía Mayorista.

Las disposiciones glosadas no reconocen dentro de los cargos definidos por la CREG cualquier clase de honorarios judiciales, ellas son claras en establecer que son los asociados con demandas instauradas (i) por los agentes del mercado (ii) por la aplicación por parte del ASIC, el LAC o el CND de la reglamentación vigente (iii) en ejecución del contrato de mandato suscrito con los agentes del mercado.

A juicio de la CREG, estas tres condiciones destacadas de las disposiciones glosadas para que estos costos deban ser sufragados por los agentes del mercado, hacen que los mismos estén comprendidos dentro de los costos de funcionamiento que las disposiciones legales en cuestión obligan a la CREG a determinar.

En efecto, son costos de funcionamientos asociados con los servicios prestados a los agentes del Mercado de Energía Mayorista, porque son generados en las actividades cumplidas por el ASIC, el LAC o el CND en aplicación de la reglamentación vigente en ejecución del contrato de

³ Artículos 23 literales c y d y 23 de la Ley 143 de 1994 y 167 y 171 de la Ley 142 de 1994.

J

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

mandato suscrito con estos agentes; y por tanto, son gastos inherentes a su función reglamentaria y contractual.

No se trata entonces de una imposición unilateral de la CREG sino de una imposición legal cuyo desarrollo regulatorio confió a esta entidad bajo la premisa de que los servicios prestados a los agentes por el CND, LAC y ASIC, no son gratuitos.

La Comisión no está imponiendo una carga fiscal o patrimonial que desconozca las garantías constitucionales de la propiedad y los derechos adquiridos sino ejecutando el mandato legal de los artículos 23 literales c y d y 23 de la Ley 143 de 1994 y 167 y 171 de la Ley 142 de 1994, los cuales no solo la facultan, sino, la obligan al establecimiento de los costos de funcionamiento del CND para la determinación de los cargos que por los servicios prestados por este ente, deben sufragar los agentes.

Ahora bien, no es obligación de los agentes incurrir en el pago de estos cargos fijados por la CREG. La decisión de entrar al Mercado de Energía Mayorista y por ende, de ser receptor de los servicios de despacho, coordinación y técnicos que presta ISA a través del CND y que hacen posible la existencia de este mercado, es en los términos de los artículos 10 de la Ley 142 de 1994 y 85 de la Ley 143 mismo año, de la entera liberalidad de los agentes.

Por lo demás, la inclusión de los referidos honorarios judiciales como costos de funcionamiento del CND, LAC y ASIC no es una innovación del acto impugnado. Las anteriores resoluciones de la CREG de establecimiento de ingresos regulados también los reconocían. Lo que ocurre es que en esta ocasión se hicieron explícitos.

2. Violación de las normas procesales que regulan el pago de las costas procesales.

La Resolución CREG – 083 de 2002 no condena en costas a nadie, entre otras, porque la CREG no goza de jurisdicción para hacerlo y porque este acto no constituye la culminación de un proceso judicial.

La obligación de pagar los cargos por los servicios que presta el CND, ASIC y LAC, no surge para los agentes de la circunstancia de haber sido vencidos en juicio alguno sino de su condición de agentes del Mercado de Energía Mayorista que transan o transportan energía y por ende, se sirven de los servicios prestados por el CND, ASIC y LAC. No es pues en la condición de partes procesales que se pagan los cargos regulados por la resolución impugnada.

Por las razones precedentes no se vislumbra la forma en que el acto impugnado desconoce la regulación sobre costas procesales y, como consecuencia, el cargo no próspera.

7

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

3. Violación al derecho al tratamiento igualitario (Constitución Política, Artículo 13).

Para la CREG, con las disposiciones impugnadas no se está violando el derecho de igualdad que asiste a los agentes del Mercado de Energía Mayorista pues la asignación que a ellos se hace de los costos judiciales del CND, LAC y ASIC consulta criterios objetivos que miden su participación en el referido mercado: En el caso de los generadores, a prorrata de su capacidad instalada en kW; para los comercializadores, a prorrata de la demanda en kWh y, para los transportadores, a prorrata del ingreso regulado mensual causado.

No es de otra parte cierto que la CREG imponga, a través de las disposiciones cuya revocatoria se solicita, una carga adicional que agrava la situación de quienes han resultado lesionados por una decisión del ASIC, LAC o CND, pues estas disposiciones no tienen por presupuesto de aplicación la existencia de una decisión judicial a partir de la cual pueda concluirse la existencia de la referida lesión.

Respecto de la presunta imposición de agencias en derecho a quienes son ajenos a la controversia misma de la decisión, basta con reafirmar que las disposiciones atacadas no están regulando lo relativo a costas procesales sino los cargos a que están sujetos los agentes del Mercado de Energía Mayorista por los servicios prestados por el CND, LAC y ASIC.

Precisamente los cargos regulados por la ley y desarrollados por las disposiciones impugnadas se imponen a todos los agentes que participan en el mercado y no únicamente a los demandantes, porque no se trata de una condena en costas.

4. Falsa motivación de la norma

En esta parte de la solicitud de revocatoria el impugnante se limita a hacer una serie de planteamientos doctrinales acerca del deber ser la motivación de los actos administrativos sin sustentar los motivos de inconformidad ni la manera en que las disposiciones cuya revocatoria se solicita infringen la Ley. Por esta razón, resulta imposible analizar el presunto cargo.

No obstante, si lo que se denuncia es ausencia de motivación de las disposiciones impugnadas ha de advertirse que la parte motiva de la Resolución CREG - 083 de 2002 claramente expresa que en virtud de lo establecido en los artículos 23 literales c y d y 23 de la Ley 143 de 1994 y 167 y 171 de la Ley 142 de 1994, la CREG debe establecer los costos de funcionamiento del ASIC y los ingresos regulados por los servicios prestados por el CND, ASIC y LAC.

5. Violación del principio de unidad normativa

En primer término debe aclararse que lo relativo al literal f) del artículo 30. de la Resolución CREG - 083 de 2002, no será objeto de

2

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

consideración, porque, como ya se advirtió, no se trata de un acto administrativo pasible de revocatoria.

En estos términos, la sustentación del cargo se reduce a sostener que *"(...) el pago de las agencias en derecho, cuando quiera que el ASIC, LAC o el CND deban constituir apoderados judiciales dentro de los procesos judiciales promovidos por los agentes del mercado, no son ni pueden ser ingresos regulados, implicando que la CREG esta utilizando indebidamente normas de su competencia."*

Como se puede apreciar, éste en realidad no es un nuevo cargo del peticionario sino la reiteración del primero que afirma que la CREG ha desbordado el alcance de las normas que regulan su competencia.

En el numeral 1o. de esta parte motiva ya se tuvo oportunidad de señalar por qué los honorarios judiciales en cuestión constituyen costos de funcionamiento por los servicios prestados por el CND, LAC y ASIC a los agentes del Mercado de Energía Mayorista. A partir de esta demostración es que resulta inobjetable la unidad de materia y la competencia de la CREG para regularlos.

De otra parte, es cierto como lo manifiesta el peticionario que los referidos honorarios judiciales *"...no son ni pueden ser ingresos regulados..."*, son, como se ha insistido a lo largo de estas consideraciones, costos de funcionamiento que se deben tener en cuenta para la determinación de los cargos por los servicios prestados por el CND, ASIC y LAC.

6. Violación de los artículos 1263, 1271 y 1274 del Código de Comercio

- Incompatibilidades del Mandatario

La CREG considera que en manera alguna con las disposiciones cuya revocatoria se solicita se vulnera la incompatibilidad prevista en el art. 1274 del Código de Comercio, en la medida en que los supuestos de hecho que les sirven de fundamento no contemplan la constitución del mandatario como contraparte del mandante derivada de un acto volitivo del mandatario sino, todo lo contrario, la posibilidad de que ISA en su calidad de CND, ASIC o LAC se constituya en parte demandada como consecuencia de una demanda presentada por los agentes del mercado y respecto de la cual, no tiene el poder de decidir si hace o no de contraparte pues la calidad de demandado no es renunciable. Además, el alcance de la prohibición del referido art. 1274 se entiende restringido a la condición de contraparte contractual y no procesal pues de otra forma se estaría desconociendo el derecho al acceso a la administración de justicia garantizado por el art. 229 de la Constitución.

En cuanto a que las disposiciones atacadas colocan a los apoderados de ISA en situación de falta de lealtad con el cliente, específicamente en la contemplada en el artículo 53 numeral 4 del Decreto 196 de 1971, oportuno es recordar que la responsabilidad disciplinaria es personal y, por lo tanto, no son las normas las que colocan a los sujetos

2

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

disciplinables en las condición de indisciplinados sino su conducta contraria a las prohibiciones legales. En este sentido, si quienes son postulados para representar judicialmente a ISA en actuaciones judiciales derivadas de sus actuaciones en su calidad de CND, LAC o ASIC, son simultanea o sucesivamente asesores patrocinadores o representantes de la contraparte de ISA, deben abstenerse de aceptar el mandato y si lo hacen, probablemente se encuentren incurso en una falta contra el Estatuto de la Abogacía, en cuya materialización no se vislumbra cómo la normatividad atacada de la CREG motiva su realización.

- Indebida Aplicación de Fondos del Mandante

En esta parte de la solicitud de revocatoria el impugnante se limita a transcribir los artículos 1271 y 1263 del Código de Comercio sin sustentar los motivos de inconformidad ni la manera en que las disposiciones cuya revocatoria se solicita infringen las disposiciones del Código de Comercio, lo cual nos releva de cualquier análisis, al no existir cargo sobre el cual pronunciarnos.

No obstante, oportuno es advertir que los ingresos regulados por concepto de servicios prestados por el CND, ASIC y LAC reconocidos en la Resolución CREG - 082 de 2002, no son fondos del mandante sino la remuneración por los referidos servicios.

7. Violación del principio de eficiencia que se exige, tanto para el sistema como para las Empresas de Servicios Públicos, en la Constitución y en las leyes 142 y 143 de 1994.

Sea lo primero puntualizar que el CND, el ASIC y el LAC no son propiamente agentes económicos en la prestación del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Resolución CREG - 056 de 1994, agentes económicos son las personas a las que se refiere el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, entre las cuales no se encuentra el CND, el ASIC o el LAC.

Lo anterior, en congruencia con el art. 7 de la Ley 143 de 1994 que reserva la condición de agente económico a aquellos que gocen de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional, y el artículo 3 de esta ley. Como se sabe, el CND, ASIC y LAC, no desarrollan funciones por su propia iniciativa sino por imposición legal⁴.

La anterior distinción reviste especial interés en este punto dado que, por su especial naturaleza, a los entes en cuestión no se les puede aplicar de

⁴ Artículos 167 parágrafo 1o. y 171 de la Ley 142 de 1994 y 32 parágrafo 1o. y 34 de la Ley 143 de 1994.

7

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

manera indiscriminada las normas destinadas a los agentes económicos en la cadena de prestación del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica ni tampoco es posible aplicarles la misma remuneración, como pasamos a explicarlo.

Los agentes económicos que desarrollan las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, actividades del sector⁵, concurren al ejercicio de las mencionadas actividades por su propia iniciativa y, como consecuencia, asumen en su integridad los riesgos inherentes a la ejecución y explotación de los proyectos, tal y como lo dispone el artículo 85 de la ley 143 de 1994:

Artículo 85.- Las decisiones de inversión en generación, interconexión, transmisión y distribución de energía eléctrica constituyen responsabilidad de aquellos que las acometan, quienes asumen en su integridad los riesgos inherentes a la ejecución y explotación de los proyectos.

En el mismo sentido es que el artículo 10o. de la ley 142 de 1994 dispone la libertad de empresa para establecer empresa prestadoras de servicios públicos:

ARTICULO 10. .- Libertad de empresa.- Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

En congruencia con esta libertad para establecer empresas de servicios públicos domiciliarios con la asunción de responsabilidad derivada de esta decisión arbitraria, el criterio de suficiencia tarifaria previsto en el artículo 87 numeral 87.4 de la Ley 142 de 1994 asocia las utilidades que corresponde a las formulas tarifarias permitir obtener, con los niveles de riesgo de la actividad:

ARTICULO 87 .- Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

[...]

87.4.- Por suficiencia financiera se entiende que 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 accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y

⁵ Artículo 1o. de la Ley 143 de 1994.

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios. (hemos subrayado)

[...]

Por eso, el riesgo para los agentes derivado de la exposición a demandas judiciales en contra y la magnitud de los consecuentes gastos incurridos para su defensa, está, en el caso de tarifas reguladas, contemplado por la tasa de retorno establecida en las respectivas fórmulas tarifarias y, para el caso de las tarifas libres, imputado plenamente a la decisión libre del agente de concurrir a un mercado competitivo.

No ocurre lo propio con el CND, LAC y ASIC, lo cuales, como ya se advirtió, no desarrollan funciones en el Mercado de Energía Mayorista por su propia iniciativa sino por imposición legal⁶ y, por lo tanto, no deben asumir riesgos derivados de decisiones ajenas.

Además, no es cierto que ningún cargo regulado para el sector eléctrico o de gas reconozca los costos de defensa judicial. Todos los cargos regulados por la CREG involucran los costos de Administración, Operación y Mantenimiento, los cuales incluyen los costos de funcionamiento de las empresas.

De otro lado, no está demostrado que los costos por defensa judicial reconocidos como ingresos regulados en el acto cuestionado al CND, ASIC y LAC, sean ineficientes. Por el contrario, la circunstancia de que solo se reconozcan a estos entes en los casos de demandas judiciales en contra por la aplicación de la reglamentación vigente, pone de presente que incurrir en ellos no es imputable directamente a la gestión de ISA en su calidad de CND, ASIC y LAC, pues, como ya se advirtió, no es su decisión ni es de su disposición, asumir la condición de demandada dentro de los procesos judiciales que le promuevan los agentes por la aplicación de la reglamentación vigente.

Por lo demás, el CND, ASIC y LAC no cuentan con ingresos distintos a los aprobados por la CREG para asumir los costos en cuestión, los cuales indiscutiblemente están asociados a los servicios que prestan como que se generan, principalmente, por la aplicación de la regulación de la CREG.

De acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos se concluye que la Resolución CREG-083 de 2002 no se encuentra inmersa en ninguno de los supuestos descritos en el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, que dan lugar a la revocatoria directa de los actos de la administración.

Por las razones expuestas la Comisión de Regulación de Energía y Gas en su sesión No. 213 del 13 de mayo de 2003, acordó expedir la presente Resolución;

⁶ Artículos 167 parágrafo 1o. y 171 de la Ley 142 de 1994 y 32 parágrafo 1o. y 34 de la Ley 143 de 1994.

2

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria parcial de la Resolución CREG-083 de 2002, presentada por EMGESA S.A E.S.P.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Rechazar la solicitud de revocatoria del literal f) del artículo 3 de la Resolución CREG - 083 de 2002.

ARTÍCULO 2o. Negar la solicitud de revocatoria directa interpuesta por la empresa EMGESA S.A ESP, contra los Parágrafos 2 y 3 del Artículo 3 de la Resolución CREG-083 de 2002.

ARTÍCULO 3o. La presente Resolución deberá notificarse personalmente a la empresa EMGESA S.A ESP, haciéndole saber que contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. 13 MAYO 2003


LUIS ERNESTO MEJÍA CASTRO
Ministro de Minas y Energía
Presidente


JAIME ALBERTO BLANDÓN DÍAZ
Director Ejecutivo

52

2