



Ministerio de Minas y Energía

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

**RESOLUCIÓN No. 184 DE 2011**

( 22 DIC. 2011 )

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

En ejercicio de las atribuciones legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994 y 2696 de 2004, y

**CONSIDERANDO:**

**1. ANTECEDENTES**

Mediante la Resolución CREG 104 de 2011, la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG, decidió la actuación administrativa 2011-0049; *“iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.”.*

**2. SOLICITUD**

Empresas Públicas de Medellín E.S.P (en adelante EPM), por medio de apoderado interpuso recurso de reposición, planteando lo siguiente:

*“(...) 1.2 Vulneración de Derecho de Defensa*

*Es cierto que mediante la comunicación CREG E-2011-006723, EPM; describió el traslado del Informe Adicional del auditor, expresando que estimaba “ajustadas a la realidad las premisas asumidas y la conclusión en el tiempo de atraso de la entrada en operación de las unidades de generación, ya que por la suspensión de los contratos, y después de calcular los tiempos requeridos para terminar con las obras, efectivamente se entra en una situación de atraso de más de 576 días que conlleva a que no sea posible cumplir con la obligación de entrada en operación del proyecto el 1° de diciembre de 2015”.*

CM

UP

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*Pero no es cierto que EPM no se hubiera pronunciado sobre las razones del incumplimiento, ni mucho menos que no hubiera solicitado la valoración de un número significativo de medios probatorios.*

*Por el contrario, como se explica a continuación, reiteradamente EPM le ha solicitado a la CREG reconocer que la no entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV en la Fecha de Entrada Declarada (1 de diciembre de 2015), obedece a hechos imprevisibles e irresistibles que eximen de responsabilidad a EPM, y ha aportado y solicitado la práctica de un importante acervo probatorio, todo lo cual fue desconocido por la CREG en la Resolución CREG 104 del 19 de agosto de 2011, como se explica en el presente documento.*

*De acuerdo con lo expresado en el auto del 30 de mayo de 2011, la CREG dio inicio a la actuación administrativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de la Resolución CREG 071 de 2006 (se transcribe el encabezado de la Resolución), modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007 (se transcribe el encabezado de la Resolución).*

*El párrafo de dicho artículo dispone que en caso de (se transcribe el párrafo del artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006, modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007).*

*Además, en el mencionado auto del 30 de mayo de 2011, la CREG ordeno la formación del expediente administrativo (Cfr. Ordinal cuarto, parte resolutive).*

*Con respeto a la formación del expediente de la actuación administrativa, el inciso primero del artículo 29 del Código Contencioso Administrativo dispone: (se transcribe parte del artículo en cita).*

*En el presente caso, aunque la CREG ordenó la formación del expediente, ello solo fue una expresión formal de la una obligación legal, toda vez que tal orden no fue cumplida materialmente por la misma Comisión, quien en la Resolución CREG 104 del 19 de agosto de 2011 no se pronunció sobre los argumentos expuestos ni sobre las pruebas aportadas y solicitadas en las comunicaciones CREG E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 ni E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011, los cuales son conocidos por la CREG y versan directamente sobre el asunto objeto de esta actuación.*

*En efecto, los dos (2) primeros documentos mencionados corresponden a la solicitud presentada por EPM a la CREG para que, previo trámite de una actuación administrativa, reconociera que la no entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV en la Fecha de Entrada Declarada (1° de diciembre de 2015), obedece a hechos imprevisibles e irresistibles que eximen de responsabilidad a EPM. Es decir, que dichos documentos versan sobre el mismo asunto que decidió el acto administrativo recurrido.*

*ew*

*up*

*up*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*Y los otros dos (2) escritos (E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 y E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011) fueron presentados en el trámite de esta actuación administrativa y en ellos se reiteró la existencia de hechos que configuran un eximente de responsabilidad y se solicitó la práctica de pruebas, muchas de las cuales fueron aportadas.*

*El texto de la comunicación con radicado CREG E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 es del siguiente tenor, y en él se solicitó considerar los argumentos expuestos en las comunicaciones CREG E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010 y E-2011-001270 del 11 de febrero de 011 (SIC), así como valorar las pruebas con ellos aportadas.*

*(Se transcribe el documento E-2011-006348).*

*Y en la comunicación CREG E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011, se insistió en los siguientes términos: (se transcribe el documento así como una serie de anexos del mismo).*

*En esa misma comunicación, EPM nuevamente reitero "su solicitud de que las comunicaciones E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011 y E-2011-006348 del 1° de julio de 2011, incluidas sus solicitudes de pruebas y sus anexos, hagan parte del expediente administrativo y sean tenidas como prueba dentro de la actuación, tal como se solicitó en el último de los documentos mencionados"*

*Es importante tener en cuenta que el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo señala que (se transcribe parte del artículo en cita).*

*Lo anterior indica que la oportunidad para presentar argumentos de defensa y pedir y presentar pruebas, no está sometida a requisito, instancia ni término alguno, y que el interesado puede hacerlo en cualquier momento, so pena de que la autoridad administrativa incurra en violación del derecho fundamental al debido proceso, en especial, del derecho de defensa.*

*Por su parte, el artículo 35 del mismo Código consagra que (se transcribe parte del artículo en cita).*

*Téngase en cuenta no sólo que al expediente de la actuación administrativa, la CREG no incorporo los documentos E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 ni E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011, como se explicó en los párrafos precedentes, sino que, además, curiosamente cuando EPM presento el documentos CREG E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011, la Comisión decidió no tenerlo en cuenta y suponer que no fue allegado a la actuación administrativa, y remitir la comunicación radicada con el número S-2001-4297 (SIC) del 7 de octubre de 2011, en cuyo encabezado con un fechador se lee "19 AGO 2011", como si la aparente expedición de un acto administrativo que no se notifica pudiera poner surtir algún efecto jurídico. Además, cuando EPM presentó el documento CREG E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011, la Comisión no había iniciado los trámites de notificación*

cu

up

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*de la Resolución CREG 104 de 2011, lo que significa que aún era procedente "pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos no términos especiales", como lo prevé el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo.*

*Resultaría muy fácil cercenar el derecho de defensa y vulnerar la mencionada norma, con actuaciones como las que pretende la Comisión, quien para evitar pronunciarse sobre los escritos presentados por EPM, en los términos y formulas previstos en el marco señalado por los artículo 34 y 29 del Código Contencioso Administrativo, incluido el escrito presentado el 4 de octubre de 2011 (E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 ni E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011), se limita a iniciar el 7 de octubre de 2011, el trámite de notificación de un acto administrativo al cual se le antepone una fecha de casi dos (2) meses antes del inicio de su notificación.*

*En lo relativo al trámite adelantado, se considera que la CREG fue coherente al decir que el mismo se rituaba siguiendo los parámetros de los artículo 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994, si se tratase de la emisión de un "acto administrativo unilateral", sin embargo cuando comunico a EPM la decisión de apertura de la actuación administrativa se dijo (SIC) expresamente, en comunicado del 2 de junio de 2011, radicado interno NO 3310415, que: (se transcribe un aparte de la comunicación en cita).*

*Obsérvese como la CREG aludió al Código de Procedimiento Civil, que no se menciona en los artículo 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994, normatividad esta que por lo demás, dice específicamente como han de hacerse las citaciones y comunicaciones, sin que se encuentre en esta forma especial de la citada Ley 142, que haya fijación de estados.*

*Lo anterior llevó a confusión a EPM ya que nunca ha tenido claro a partir de cuándo correría el término para ejercer su defensa, término que por demás no lo trae la comunicación de la CREG, como tampoco los recursos que proceden.*

*Acerca de la notificación de las actuaciones administrativas en debida forma, incluyendo aquí la "fecha cierta" de la misma, como una de las maneras de garantizar el derecho de defensa, dijo la Corte en Sentencia T-061 de 2002: (se transcribe un extracto de la sentencia).*

*Si se cumple estrictamente lo que estipulan los artículo 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994, dicho término iniciaría a partir del décimo día siguiente a aquel en que la citación o comunicación haya sido puesta al correo, pues es en ese momento en que se entiende cumplida la citación o comunicación, según lo estipula el mismo 106.*

*Pero si se aplican las normas del Código Contencioso Administrativo, el artículo 28 que a las personas afectadas por una decisión administrativa se les debe comunicar la existencia de la actuación, y remite al artículo 14 del mismo Código para la forma en que se ha de hacer la citación, que será mediante correo o mediante publicación en el medio que tuviere la misma*

CH

Wp

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*entidad que adelante la actuación o en un periódico de amplia circulación.*

*Obsérvese como, ni la Ley 142 de 1994, ni el Código Contencioso Administrativo hablan de "Fijación de Estados" a los que hace referencia la CREG, cuando comunica la apertura de la Actuación Administrativa a EPM.*

*Ahora bien, si de aplicar el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil se trata, este artículo es muy claro en manifestar que las notificaciones que se hacen mediante Estados son aquellas que no deban hacerse personalmente.*

*La notificación que dice la CREG hizo por "estados" del artículo 321 del Código de Procedimiento Civil es la de apertura de la actuación administrativa, es decir la primera actuación, por lo tanto esta notificación tenía que ser, forzosamente, en forma personal, precisamente por ser la primera y mediante la cual el afectado se enteraría de la misma.*

*Téngase en cuenta que frente a la anterior "confusión", EPM presento un derecho de petición, ante la CREG, con misiva radicada con el No. No. (SIC) 1768587 del 9 de agosto de 2011, en la que se solicitó dar claridad frente al procedimiento aplicable.*

*La CREG, en comunicación radicado en EPM con el No. 3371625 del 12 de septiembre de 2011, se limitó a ratificar que el procedimiento a seguir era el de la Ley 142 de 1994 y en lo no reglado por ésta se aplica el Código Contencioso Administrativo, pero como este remite, en lo no previsto al Código de Procedimiento Civil, por ello acudió al artículo 321 de este último estatuto.*

*El anterior argumento se estima equivocado ya que, como las mismas normas lo indican, las remisiones que hacen es frente a lo no previsto en ellas, y queda claro que la Ley 142, en sus artículo 106 y siguientes, tiene estipulado el trámite y las formas de citaciones y comunicaciones en las actuaciones administrativas para emitir actos unilaterales, por lo que no es de recibo acudir a las otras disposiciones.*

*En conclusión, la CREG creo confusión a las Empresas frente a la forma de notificación y, por ende, en el término para ejercer su defensa y para la práctica de pruebas, lo cual se tradujo en otra forma de vulneración al derecho al Debido Proceso, específicamente en la connotación del derecho de contradicción.*

*Sin embargo y a pesar de todo lo anterior, como se detalló en otros aparte de este escrito, EPM presentó, en los términos y formas previstos en el marco conformado por los artículo 34 y 29 del Código Contencioso Administrativo, los documentos E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 ni E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011, en los cuales se pronunció sobre las circunstancias que considera configuran un evento eximente de responsabilidad.*

*UP*

*UP*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

### *1.3 Ilegalidad de la competencia CREG*

*Otra razón de inconformidad que se acusa se centra, precisamente, en una infracción a la dimensión formal del principio de la legalidad, en razón que la CREG no tiene competencia legal para deducir la responsabilidad civil pretendida a mi Representada y mucho menos la competencia para sancionarla, haciendo efectiva la garantía que se otorgó para el cumplimiento de la entrada en operación del Proyecto Porce IV. En otras palabras, no es el juez ni la autoridad "natural" para ello.*

*La CREG es una autoridad a la que se le han radicado funciones exclusivamente regulatorias. En ningún de los 26 numerales del artículo 73 de los cinco literales del numeral primero del artículo 74 de la Ley 142 de 1994, ni mucho menos en la Ley 143 de 1994, que son normas legales que le radican las funciones a este organismo, se le ha conferido facultades para juzgar y declarar el incumplimiento de las obligaciones de las empresas de servicio públicos. Mucho menos, para imponerles sanciones pecuniarias.*

*Contrario al proceder la CREG, que opto por revestirse ella misma de facultad administrativa sancionadora, la Corte Constitucional ha sido reiterada y enfática en señalar que, gracias a la reserva de ley existente en el ordenamiento jurídico colombiano, sólo el legislador puede otorgar la potestad administrativa sancionadora; y adicionalmente, que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley.*

*Prueba de ello se encuentra en la sentencia de unificación SU 1010 de 2008, en la que sobre este particular se expresó: (se transcribe un extracto de la sentencia).*

*Cualquier competencia y con mayor razón la de sancionar, ha de ser de raigambre legal o reglamentaria, sin que sea dable que esa misma entidad Pública, sin tener, ex-ante dicha autorización, pueda ella misma darse tal competencia.*

### *1.4 Otra inconformidad*

*No deja de sorprender la paradójica situación en la cual la regulación ha puesto a EPM, toda vez que mientras en la Resolución CREG 104 del 19 de agosto de 2011, se afirma que no ejerció su derecho de defensa en el trámite de la actuación administrativa, la defensa de EPM es la existencia de un evento eximente de responsabilidad, frente al cual la CREG admitió su incompetencia para pronunciarse; es como si de entrada, toda su defensa estuviera encaminada a la ineficacia.*

*En efecto, en los términos del artículo 9° de la Resolución CREG 071 de 2006, modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007, uno de los objetivos de esta actuación administrativa es "establecer*

*pp*

*up*



Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*plenamente la existencia del incumplimiento", para lo cual no basta simplemente un informe de auditoría que indique que la puesta en operación del proyecto tendrá un atraso mayor a un año, contando a partir de la fecha de inicio del periodo de vigencia de la obligación de energía firme (incumplimiento grave e insalvable), por cuanto es posible que, como en el presente caso, se presenten situaciones ajenas a la persona obligada que la eximan de cumplir el compromiso, según lo reconoció la misma CREG.*

*En efecto, en el documento D-085 del 3 de octubre de 2006, denominado "Respuestas a los comentarios de los agentes y terceros interesados al Proyecto de Resolución sometido a consulta mediante Resolución CREG 043 de 2006", publicado con la Resolución CREG 071 de 2006, la CREG se expresó en los siguientes términos: (se transcribe un aparte del documento en cita).*

*Es decir, que no existe discusión frente al derecho que tiene EPM de presentar y debatir los hechos que considera la exoneran del cumplimiento de la obligación de entrar en operación el Proyecto Hidroeléctrico Porce IV el 1° de diciembre de 2015, tal como fue solicitado a la CREG mediante la comunicación E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, cuya petición era precisamente iniciar una actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad.*

*No obstante lo anterior, dicha solicitud de iniciar una actuación administrativa para el reconocimiento de un evento de fuerza mayor, no fue atendida favorablemente por la CREG, quien en la comunicación S-2011-000325 del 8 de febrero de 2011 sostuvo que (se transcribe un extracto de la comunicación en cita).*

*Ahora bien, según ha sido explicado, EPM ha estimado que la no entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV el 1° de diciembre de 2015 obedece a la existencia de un evento eximente de responsabilidad, frente al cual, según lo manifestado por la CREG, para este mismo caso, en la comunicación S-2011-000325 del 8 de febrero de 2011, la Comisión no tiene facultades legales para abordar su análisis por tratarse de un asunto de competencia privativa de los jueces.*

*En consecuencia, como la presente actuación administrativa no puede ser decidida sin que los argumentos presentados por EPM sean valorados por las autoridades competentes, ya que ello implicaría una violación de su derecho de defensa; y según lo expresado por la misma CREG, el competente para sumir tal actuación no es la Comisión de Regulación de Energía y Gas, solicitó en su oportunidad a la Comisión abstenerse de decidir la presente actuación administrativa, por cuanto cualquier pronunciamiento implica valorar el evento eximente de responsabilidad que imposibilitó la entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV para el 1° de diciembre de 2015.*

## 2. SOLICITUD

*Respetuosamente se solicita reponer la Resolución CREG 104 del 19 de*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*agosto de 2011 y, en su lugar, previa consideración de los argumentos y valoración de las pruebas aportadas en el trámite de la actuación administrativa, contenidas en los documentos CREG CREG (SIC) E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 ni E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011, abstenerse de decidir la presente actuación administrativa, por cuanto cualquier pronunciamiento implica valorar el evento eximente de responsabilidad que imposibilitó la entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV para el 1° de diciembre de 2015. (...)”*

### **3. TRÁMITE SURTIDO POR LA CREG.**

Radicado el recurso de la referencia ante la CREG, corresponde a esta Comisión analizar la competencia de la entidad para conocerlo y la oportunidad en la cual fue presentado.

#### **3.1. COMPETENCIA.**

El Artículo 113 de la Ley 142 de 1994 establece que, salvo disposición legal en contrario, en contra de las decisiones de las Comisiones de Regulación con las cuales se ponga fin a una actuación administrativa, únicamente procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación o publicación del acto.

Complementando lo anterior, el Artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, establece que el recurso de reposición existe en la vía gubernativa, siendo interpuesto ante el mismo funcionario que profirió el acto para que sea éste mismo quien lo decida.

De esta manera resulta clara la competencia de la CREG para resolver el recurso de reposición, interpuesto por EPM en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

#### **3.2. OPORTUNIDAD.**

Mediante oficio con el Rad. CREG S-2011-004297 del 7 de octubre de 2011, se envió comunicación a EPM para surtir el trámite de notificación personal de la Resolución CREG 104 de 2011, sin que el interesado hubiera acudido a notificarse personalmente.

Vencido el término de notificación personal, se inició el trámite para la notificación por edicto, el cual se fijó el 25 de octubre del presente año, por un término de diez (10) días hábiles, desfijándose el 10 de noviembre del 2011.

El recurso de reposición fue presentado en la CREG el 16 de noviembre del presente año, bajo el Rad. CREG E-2011-010897, esto es dentro de los 5 días siguientes a la desfijación del edicto.

pu

up



Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

En consideración de lo anterior, el recurso fue interpuesto en la oportunidad establecida por el Artículo 113 de la Ley 142 de 1994 y 51 del Código Contencioso Administrativo.

### 3.3. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD.

El recurso de reposición puede resumirse en 3 cargos en contra de la Resolución CREG 104 de 2011, de la siguiente manera:

**Primer cargo:** *Vulneración de derecho de defensa de EPM<sup>1</sup>*, este cargo se divide en dos sub-cargos que le permiten a EPM concluir la existencia de dicha vulneración.

El primer (1) sub-cargo que se plantea en el recurso, es la no consideración por parte de la CREG en la actuación administrativa 2011-0049 o en la Resolución CREG 104 de 2011, los argumentos expuestos por EPM en las comunicaciones E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 ni E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011.

El segundo (2) sub-cargo planteado por EPM, consiste en la indebida notificación del auto del 30 de Mayo de 2011, por el cual se dio inicio a la actuación administrativa 2011-0049; *"iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV"*, la cual culminó con la expedición de la Resolución CREG 104 de 2011, notificación supuestamente errada que generó confusión en EPM, impidiéndole ejercer debidamente su derecho de defensa durante la actuación.

**Segundo cargo:** *Ilegalidad de la competencia de la CREG<sup>2</sup>*, bajo este cargo EPM estima que la CREG ha realizado una actuación administrativa sancionatoria con la Resolución CREG 104 de 2011, actuación sancionatoria para la cual la CREG no tiene competencia.

**Tercer cargo:** *Otra inconformidad<sup>3</sup>*, este puede ser resumido en la disconformidad de EPM por la no valoración de la CREG del supuesto evento eximente de responsabilidad en la Resolución CREG 104 de 2011 para el caso de Porce IV, frente al derecho de defensa de EPM de alegar tal situación y el pronunciamiento previo de la CREG, en el cual no inició el trámite de una actuación administrativa para declarar un evento eximente de responsabilidad.

### 4. CONSIDERACIONES DE LA CREG.

Cuando en el curso de una actuación administrativa, se plantea por parte del recurrente una serie de interrogantes sobre el actuar de la administración, cuestionando el proceder como violatorio de la ley y de sus derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso. La decencia del actuar de la

<sup>1</sup> Denominación dada por el accionante.

<sup>2</sup> Denominación dada por el accionante.

<sup>3</sup> Denominación dada por el accionante.

cu

up

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

administración, el respeto de los derechos de quien se considera afectado y una adecuada respuesta a dichos cuestionamiento, dando cumplimiento a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que han sujetado el actuar de la administración pública, obliga a la entidad pública a explicar los hechos ocurridos durante el trámite de la actuación administrativa y de la resolución que la resuelve.

#### **4.1. HECHOS DEL CASO.**

Esta Comisión ha de precisar que son dos los escenarios en los que se ha desarrollado el caso de Porce IV, un situación (A) que se refiere a la actuación administrativa 2011-0049 adelantada por la CREG y una situación (B) que se refiere a las peticiones anteriores a la actuación administrativa 2011-0049, por parte de EPM, en las que se solicitaba el inicio de una actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad, las cuales fueron allegas a la actuación 2011-0049.

#### **A. Actuación Administrativa 2011-0049, adelanta por la CREG según lo establecido en el parágrafo del Artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006, modificada por el Artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007, para el caso de Porce IV.**

1. Mediante la Resolución CREG 071 de 2006, la CREG adoptó el esquema del cargo por confiabilidad. En dicha Resolución, se estableció la regulación para la entrada en operación de las plantas generadoras de energía eléctrica, siendo posteriormente complementada con lo dispuesto en la Resolución CREG 061 del 2007, en especial sobre lo referente a las garantías que debían ser otorgadas para respaldar la ejecución de los proyectos de generación de energía eléctrica.

En el Artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006, modificado por el Artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007, estableció el procedimiento a seguir en el caso de un incumplimiento grave e insalvable en la entrada en operación de un proyecto de generación, la citada norma dice:

*"(...) Artículo 9. Modificado por el Artículo 13 de la Resolución CREG-061 de 2007. Efectos del incumplimiento del cronograma de construcción o de repotenciación, o de la puesta en operación de la planta. El incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el cronograma de construcción o con la puesta en operación de la planta o unidad de generación producirá los siguientes efectos:*

- 1. La no presentación del cronograma de construcción o de repotenciación de la planta o unidad de generación en el plazo estipulado en el numeral 2.2 del Anexo 2 de esta resolución, o de la curva S del proyecto, dará lugar a la descalificación del agente para participar en la respectiva Subasta.*
- 2. El retraso en el cronograma de construcción o repotenciación de la planta o unidad de generación frente a la Curva S que no constituya incumplimiento grave e insalvable, dará lugar al ajuste de la garantía de conformidad con los procedimientos que*

*cul*

*Upp*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*se definan en el Reglamento de Garantías para el Cargo por Confiabilidad de que trata el Artículo 78 de esta resolución.*

3. *El incumplimiento grave e insalvable de la puesta en operación de la planta o unidad de generación, dará lugar a:*

*a) La ejecución de la garantía.*

*b) La pérdida para el generador de la asignación de la Obligación de Energía Firme y la remuneración asociada a ella.*

4. *Cuando la fecha de puesta en operación de la planta, determinada por el auditor, sea posterior a la fecha de inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación y no constituya incumplimiento grave e insalvable, el agente deberá garantizar el cumplimiento de su Obligación de Energía Firme a través de un Contrato de Respaldo, vigente desde la fecha de inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación y hasta la nueva fecha de puesta en operación de la planta. La omisión en la obligación de garantizar la Obligación de Energía Firme a través de un Contrato de Respaldo dará lugar a que el incumplimiento se considere grave e insalvable con las consecuencias previstas en el numeral 3 de este artículo.*

**Parágrafo.** *En el caso del incumplimiento grave e insalvable que se determina cuando el informe del auditor indica que la puesta en operación de la planta o unidad de generación tendrá un atraso mayor a un año, contado a partir de la fecha de inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación, la CREG, con el propósito de establecer plenamente la existencia del incumplimiento, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de los afectados, agotará el trámite previsto en los Artículos 106 y ss. de la Ley 142 de 1994 y, en lo no previsto en ellos, aplicará las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo que sean compatibles. En firme la decisión definitiva sobre la actuación y determinada la existencia del incumplimiento, se comunicará la decisión al ASIC y éste adoptará las medidas correspondientes de acuerdo con la Resolución CREG 071 de 2006 y las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan (...)" (subraya fuera del original).*

Se debe destacar que de conformidad con la regulación del cargo por confiabilidad (Resoluciones CREG 071 de 2006 y 061 de 2007) corresponde a la CREG, una vez se determina por parte del auditor del proyecto que la puesta en operación de la planta o unidad de generación tendrá un atraso mayor a un año, contado a partir de la fecha de inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación, esto es un incumplimiento grave e insalvable, adelantar una actuación administrativa con el propósito de establecer plenamente la existencia del incumplimiento, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de los afectados.

En dicha actuación, la CREG agotará el trámite previsto en los Artículos 106 y ss. de la Ley 142 de 1994 y en lo no previsto en ellos, aplicará las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo que sean compatibles.

*cup*

*up*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

Como efectos del incumplimiento grave e insalvable, encontramos la ejecución de la garantía y la pérdida de la obligación de energía en firme asignada.

2. En vigencia de la normatividad mencionada, en el año 2008 durante la subasta de plantas GPPS, se asignó la Obligación de Energía en firme para EPM, la cual se comprometió a construir el proyecto hidroeléctrico Porce IV, según lo pactado en dicha subasta.

En otras palabras, EPM se sujetó a la regulación aplicable, la cual establece la obligación de la entrega del cronograma de construcción y la Curva S, de tal forma que el proyecto entrara en operación antes de diciembre del 2015.

Para respaldar la construcción del proyecto Porce IV, la regulación prevé la constitución de una garantía, obligación que EPM cumplió al constituir y otorgar la garantía bancaria para respaldar el cumplimiento de lo ofertado<sup>4</sup>, es decir; EPM conocía la garantía que debía otorgar, la definición de incumplimiento grave e insalvable dada en la regulación, el procedimiento que debía adelantar la CREG en caso de un incumplimiento grave e insalvable y los efectos del mismo, entre ellos la ejecución de la garantía.

3. El 20 de mayo del 2011 bajo el radicado CREG E-2011-004936, la Comisión recibió el informe adicional de auditoría de verificación del cronograma de construcción y Curva S del proyecto de generación hidroeléctrico Porce IV, elaborado por SEDIC S.A (auditor del proyecto).

En dicho informe, el auditor en el capítulo 8 de comentarios y observaciones concluye lo siguiente:

*"(...) la conclusión es que al comparar bajo estos supuestos el desarrollo del proyecto con el cronograma registrado ante la CREG, se estaría en una situación de atraso en la entrada en operación de las unidades de generación del orden de 576 días calendario para el cumplimiento de la Obligación de Energía Firme registrada ante la CREG, lo que lleva a la Auditoría a concluir que el proyecto hidroeléctrico Porce IV presenta a la fecha una situación de incumplimiento grave e insalvable (...)" (negrilla fuera del original).*

Con fundamento en este informe y en cumplimiento de la regulación aplicable, mediante auto del 30 de mayo del 2011 se dio origen a la actuación administrativa 2011-0049, la cual textualmente dice:

*"(...) Actuación Administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A (...)"<sup>5</sup>.*

<sup>4</sup> Carta de crédito *stand by*, emitida por BNP Paribas NY.  
Auto del 30 de mayo del 2011

*22pp*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

Dicha actuación fue notificada mediante estado del 1 de junio del 2011, y enviada carta de información mediante comunicación S-2011-002723, al representante legal de EPM.

En el auto en cita, se ordenó a EPM realizar la publicación en un periódico de amplia circulación nacional, de un extracto de información sobre la actuación administrativa, el cual fue elaborado por la CREG y enviado a EPM, con el fin que terceros interesados pudieran hacerse parte en la actuación administrativa.

Mediante comunicación con el radicado CREG E-2011-005945, del 17 de junio del 2011, se recibió en la CREG un extracto de publicación realizado por EPM, en el cual se cumplía la publicación del extracto remitido a la empresa. Dicha publicación se realizó el 15 de junio del 2011 en el periódico EL ESPECTADOR, en la sección negocios, página 11.

La información sobre la publicación fue complementada con la comunicación del 22 de junio del 2011, bajo el radicado CREG E-2011-006049, en la cual se envió a la actuación de la referencia una copia más grande del aviso publicado.

Esta notificación es la que el accionante considera indebida y violatoria de sus derechos de defensa y al debido proceso. Sin embargo, como se precisará más adelante, la notificación se ejerció debidamente para EPM, así como la publicación para terceros interesados (EPM cumplió dos veces el auto que hoy dice le fue notificado en forma indebida).

4. Iniciada la actuación administrativa, procedió la CREG a poner a disposición de EPM el informe adicional de auditoría de verificación del cronograma de construcción y curva S del proyecto de generación Porce IV, elaborado por SEDIC S.A, lo cual se realizó mediante auto del 7 de julio del 2011, otorgándosele a la empresa un término de 3 días para solicitar complementaciones o aclaraciones, si así lo consideraba.

Dicho auto fue notificado mediante estado del 8 de julio del 2011, y enviada carta de información, mediante comunicación S-2011-003288 de la misma fecha.

En comunicación dirigida al expediente administrativo 2011-0049, del 14 de julio de 2011 con el radicado CREG E-2011-006723, EPM manifestó sobre el informe:

*"(...) EPM considera que la conclusión del Auditor tiene un claro sustento en lo expresado en los capítulos 6, 7 y 8 del informe, en los cuales se relacionan los datos y análisis técnicos sobre los contratos y el avance de la obra del proyecto.*

*En el capítulo 6, en el que el Auditor especifica el resumen de los contratos de ingeniería y administración, obras de infraestructura vial y explicaciones para campamentos, obras para la construcción de la línea, subestación y campamentos, obras principales y equipos*

CH

UPP

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*electromecánicos; el análisis es correcto teniendo en cuenta la difícil problemática social y de orden público que atraviesa la zona del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV, la Junta Directiva de EPM, en su sesión del 7 de diciembre de 2010, tomó la decisión de suspenderlo de manera indefinida, teniendo en cuenta múltiples asuntos críticos que hoy hacen inviable su construcción, lo que conllevó la decisión de suspender y (o) terminar estos contratos.*

*Frente a lo tratado en el capítulo 7, EPM está de acuerdo con lo expresado por el Auditor debido a que como consecuencia de la terminación y (o) suspensión de los diferentes contratos por las razones explicadas en el párrafo anterior, se genera la afectación descrita en el estado de avance de los frentes de obra y el cálculo de la curva S analizados en dicho capítulo.*

*Y en lo que respecta al capítulo 8, EPM estima ajustadas a la realidad las premisas asumidas y la conclusión en el tiempo de atraso de la entrada en operación de las unidades de generación, ya que por la suspensión de los contratos, y después de calcular los tiempos requeridos para terminar con las obras, efectivamente se entra en una situación de atraso de más de 576 días, que conlleva a que no sea posible cumplir con la obligación de entrada en operación del proyecto el 1° de diciembre de 2015 (...).*

Nótese como durante el curso de la actuación administrativa, EPM tuvo la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, manifestando lo anterior.

5. EPM revisó el expediente administrativo el 14 de julio del año en curso, según se demuestra en la constancia de acceso a la información del expediente (radicado CREG I-2011-002522).
6. Mediante auto del 29 de julio del 2011, la CREG solicitó a EPM manifestar su interés para que las comunicaciones enviadas a la Comisión, con los radicados CREG E-2010-012362, E-2011-000206 y E-2011-001370, anteriores a esta actuación administrativa, fueran o no consideradas en la actuación 2011-0049, otorgándosele un plazo de 3 días para realizar dicha manifestación (mismo plazo otorgado para realizar comentarios al informe adicional de auditoría).

Dicho auto fue notificado mediante estado del 1 de agosto del 2011 y enviada comunicación sobre el asunto, mediante carta con el radicado CREG S-2011-003532 del 29 de julio del presente año.

Vencido dicho término, EPM no manifestó interés alguno sobre la materia desechando el espacio procesal asignado para su respuesta, guardando silencio sobre la información solicitada.

Esta solicitud se realizó, porque en dichas comunicaciones EPM solicitaba a la Comisión, el inicio de una actuación administrativa para declarar la existencia de un evento eximente de responsabilidad, en el caso de Porce IV. Solicitudes anteriores e independientes a la actuación administrativa, las cuales habían sido tramitadas y resultas por la CREG (Petición inicial con

cul

Upp



Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

el Radicado CREG E-2010-012362, complementada por las comunicación con el Rad. CREG E-2011-000206 E-2011-001370 y E-2011-006348, respuesta realizada mediante oficio CREG S-2011-00325).

En virtud de lo anterior y para efectos del trámite de la actuación administrativa, dicho plazo transcurrió sin que la CREG recibiera manifestación o comunicación sobre el asunto, por lo cual dichas comunicaciones no fueron tenidas en cuenta en la Resolución CREG 104 de 2011, aprobada el 19 de agosto del 2011.

7. Durante la actuación se concedieron diferentes oportunidades para el ejercicio del derecho a la defensa, desde el traslado del informe de auditoría hasta la solicitud de manifestación del consentimiento de EPM, para considerar ciertas comunicaciones relacionadas con el proyecto hidroeléctrico de Porce IV.

Así mismo, la CREG no recibió petición alguna por parte de EPM durante el curso de esta actuación para la práctica de pruebas o comunicaciones de fondo diferente, a la aceptación del informe adicional de auditoría de verificación del cronograma de construcción y curva S del proyecto de generación Porce IV.

8. En Sesión No. 495 del 19 de agosto de 2011, la Comisión de Regulación de Energía y Gas analizó la presente actuación administrativa y por lo tanto se expidió la Resolución CREG 104 de agosto 19 de 2011, la cual en su parte resolutive expuso:

**“Artículo 1.** Declarar que se han configurado los supuestos determinados en el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 (modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007), y por lo tanto la existencia de un incumplimiento grave e insalvable por parte de Empresas Públicas de Medellín S.A E.S.P, en lo referente al proyecto de generación hidroeléctrico Porce IV, toda vez que el informe de auditoría, aceptado por EPM, concluye que existe un atraso mayor a un año, contado a partir de la fecha de inicio del periodo de vigencia de la obligación.

**Artículo 2.** Establecer como efecto del incumplimiento grave e insalvable las consecuencias previstas en el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 (modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007), esto es la ejecución de las garantías del proyecto Porce IV, y la pérdida de la asignación de la obligación de energía en firme y de la remuneración asociada a ella, si hubiere lugar esta.

**Artículo 3.** En firme la presente decisión, esta deberá ser comunicada al ASIC, para que este adopte las medidas correspondientes de acuerdo a lo determinado por la Resolución 071 de 2006, y las demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

cul

269

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

**Artículo 4.** *La presente Resolución deberá notificarse personalmente al representante legal de Empresas Pública de Medellín S.A E.S.P. y publicarse en el Diario Oficial. Contra las disposiciones contenidas en esta Resolución procede el Recurso de Reposición, el cual podrá interponerse ante la Dirección Ejecutiva de la CREG dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación."*

9. Mediante comunicación del 4 de octubre del 2011, bajo el Rad. CREG E-201100946, EPM solicito:

*"...En consecuencia y como la presente actuación administrativa no puede ser decidida sin que los argumentos presentados por EPM sean valorados por las autoridades competentes, ya que ello implicaría una violación de su derecho de defensa; y según lo expresado por la misma CREG, el competente para asumir tal actuación no es la Comisión de Regulación de Energía y Gas, EPM respetuosamente solicita a la Comisión abstenerse de decidir la presente actuación administrativa, por cualquier pronunciamiento implica valorar el evento eximente de responsabilidad que imposibilitó la entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV para el 1° de diciembre de 2015.."*

Dicha petición fue resulta por la comunicación S-2011-004970 del 10 de noviembre del 2011, en la cual la CREG manifestó que dentro de la actuación administrativa 2011-0049, se expidió la Resolución CREG 104 de 19 de agosto 2011, la cual para ese momento se encontraba en trámite de notificación.

10. Mediante oficio con el Rad. CREG S-2011-004297 del 7 de octubre de 2011, se envió comunicación a EPM para surtir el trámite de notificación personal de la Resolución CREG 104 de 2011, sin que el interesado acudiera a notificarse personalmente.

Vencido el término para notificarse personalmente, se inició el trámite para la notificación por edicto, el cual se fijó el 25 de octubre por un término de 10 días, desfijándose el 10 de noviembre del presente año.

11. Finalmente, se debe manifestar que EPM interpuso en contra de la Resolución CREG 104 de 2011, recurso de reposición el 16 de noviembre del 2011 con el Rad. CREG E-2011-0108976.

**B. Solicitudes de inicio de una actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad, anteriores a la actuación administrativa 2011-0040, incorporadas durante el trámite de esta última.**

1. Mediante petición del 30 de diciembre del 2010 (Rad. CREG E-2010-012362), complementada por las comunicaciones con el Rad. CREG E-2011-000206 del 11 de enero del 2011, E-2011-001370 del 11 de febrero del 2011 y E-2011-006348 del 1 de julio del 2011, EPM solicitó a la CREG el inicio de una actuación administrativa para reconocer un evento eximente

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

de responsabilidad, en el desarrollo del proyecto de generación eléctrica Porce IV.

2. La petición del reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad previo el trámite de una actuación administrativa, fue resuelta mediante el oficio con radicado CREG S-2011-000325 del 8 de febrero de 2011, precisando las facultades regulatorias de la CREG y la improcedencia de esta solicitud, sin considerar por ausencia de competencia, los argumentos de fondo que le permitían a EPM alegar el evento eximente de responsabilidad.
3. En el marco de la actuación administrativa (2011-0049), iniciada por la CREG con fundamento en lo dispuesto en el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006, (modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007) *"iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A."*. La Comisión expidió el auto del 29 de julio de 2011, donde le solicito a EPM, informar en un plazo máximo de tres (3) días, si era de su interés que las comunicaciones aportadas con los radicados CREG E-2010-012362, CREG E-2011-000206 y E-2011-001370 fueran consideradas por la CREG al resolver la actuación administrativa ya referida.

En otras palabras, la CREG solicito a EPM si era de su interés que en la actuación administrativa iniciada mediante auto del 30 de mayo de 2011, se consideraran los argumentos de un evento eximente de responsabilidad en la construcción de dicho proyecto.

4. En observancia del principio de publicidad y en cumplimiento de la normatividad aplicable, la CREG notificó el auto del 29 de julio del 2011, por estado del 1 de agosto del 2011 y envió carta de información el mismo día de la expedición (Rad. CREG S-2011-003532). Lo anterior con el fin de garantizar el debido proceso, el derecho de defensa, la contradicción y la imparcialidad que la CREG le debe a EPM.

Otorgado el espacio anterior, EPM no manifiesta su voluntad para que tales comunicaciones sean consideradas por la CREG, al momento de resolver la actuación administrativa, que culminó con la resolución CREG 104 de 2011, hoy objeto de recurso.

5. En consideración a que EPM no manifestó su voluntad respecto a lo solicitado por el auto del 29 de julio de 2011 referido, la CREG continuó con el trámite de la actuación administrativa, decidiéndola mediante la Resolución CREG 104 de 2011 del 19 de agosto del 2011.

Narrados los hechos, continuará la CREG analizando los cargos y argumentos dados en el recurso de reposición por parte de EPM.

#### **4.2. SOLUCIÓN A LOS CARGOS DEL RECURSO.**

##### **4.2.1 Solución al Cargo Primero.**

cul

249

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

El primer cargo denominado como; *Vulneración de derecho de defensa de EPM*<sup>7</sup>, se divide en dos sub-cargos, a saber:

El primer (1) sub-cargo que se plantea en el recurso, es la no consideración por parte de la CREG en la actuación administrativa 2011-0049 o en la Resolución CREG 104 de 2011, los argumentos expuestos por EPM en las comunicaciones E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 ni E-2011-09426 del 4 de octubre de 2011.

Para una mejor respuesta a este interrogante, procederá la CREG a dar solución al mismo.

Lo primero que debe realizar la CREG para demostrar la existencia o no, de dicho argumento, consiste en remitirse al contenido de cada una de las comunicaciones de EPM.

Los documentos mencionados por EPM como dejados de considerar por la CREG, dicen lo siguiente:

1. Petición del 30 de diciembre del 2010, bajo el Rad. CREG E-2010-012362 (18 folios), en el cual se dice:

“(…)

Asunto: *Proyecto Hidroeléctrico Porce IV.  
Solicitud de inicio de actuación administrativa para el  
reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad.*

(…)

*Con fundamento en todo lo anterior y previo el trámite de una actuación administrativa que permita la verificación de los hechos expuestos, respetuosamente se solicita a la Comisión de Regulación de Energía y Gas,*

1. *Reconocer que la no entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV en la Fecha de Entrada Declarada (1 de diciembre de 2015), obedece a hechos imprevisibles e irresistibles que eximen de responsabilidad a EPM; y consecuentemente,*
2. *Disponer que XM S.A E.S.P. no debe hacer efectiva la garantía otorgada por EPM para amparar el cumplimiento de la obligación de entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV, la cual fue emitida por BNP PARIBAS NY, por una cuantía de USD 13.831.830,29 y una vigencia hasta el 8 de abril de 2011...”*

2. Documento del 11 de enero del 2011, bajo el Rad. CREG E-2011-000208 (118 folios), en el cual se dice:

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

“(...)

Asunto: *Proyecto Hidroeléctrico Porce IV.*

*Solicitud de inicio de actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad.*

(...)

*Con fundamento en todo lo anterior y previo el trámite de una actuación administrativa que permita la verificación de los hechos expuestos, respetuosamente se solicita a la Comisión de Regulación de Energía y Gas,*

- 1. Reconocer que la no entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV en la Fecha de Entrada Declarada (1 de diciembre de 2015), obedece a hechos imprevisibles e irresistibles que eximen de responsabilidad a EPM; y consecuentemente,*
- 2. Disponer que XM S.A E.S.P. no debe hacer efectiva la garantía otorgada por EPM para amparar el cumplimiento de la obligación de entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV, la cual fue emitida por BNP PARIBAS NY, por una cuantía de USD 13.831.830,29 y una vigencia hasta el 8 de abril de 2011...”*

Nótese que se trata de la misma petición a la del 30 de diciembre del 2010, cambiando únicamente los anexos de los mismos, es decir con la petición del 11 de enero del 2011, se complementa la petición del 30 de diciembre del 2010.

Esta petición no es incluida por EPM en el listado de comunicaciones supuestamente no consideradas por la CREG, pero la CREG respetuosa del debido proceso la ha tenido en cuenta.

- 3. Documento del 11 de febrero del 2011, bajo el Rad. CREG E-2011-001370 (3 folios), en el cual se dice:*

“(...)

Asunto: *Proyecto Hidroeléctrico Porce IV.*  
*Solicitud de inicio de actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad.*

(...)

*Mediante el documento con el radicado en la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas –CREG con el número E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, (...) Después de la fecha de presentación de la solicitud de inicio de la actuación administrativa, se han presentado nuevos hechos de orden público en la zona de ubicación del Proyecto, es decir de la misma naturaleza de los hechos expuestos a la Comisión en el documentos 2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, los cuales*

*Qu*

*up*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*continúan agravando de manera imprevisible e irresistible las circunstancias inicialmente prevista para la construcción de Porce IV (...)*

No obstante que los hechos descritos tuvieron un importante despliegue en los medios de comunicación locales, regionales y nacionales, EPM adjunta a la presente comunicación, un disco duro compacto con los archivos de prensa que detallan la gravedad de los hechos, y respetuosamente solicita a la Comisión sean valorados en el trámite de la actuación administrativa cuyo inicio pidió el pasado 30 de diciembre de 2010 (...) (Subraya fuera del original).

Para la Comisión es claro (se concluye de la simple lectura) que el objeto de la comunicación del 11 de febrero del 2011 Rad. CREG E-2011-001370, era complementar la solicitud inicial del 30 de diciembre de 2010.

4. Documento del 1 de julio del 2011, bajo el Rad. CREG E-2011-006358 (1 folio), en el cual se dice:

*"(...)*

Asunto: *Proyecto Hidroeléctrico Porce IV.  
Solicitud de inicio de actuación administrativa para el  
reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad.  
Entrega nueva información.*

*Respetado doctor Javier Augusto:*

*Mediante los documentos radicados en la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas-CREG, con los números E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010 y el E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, (...) EPM, solicito previo trámite de una actuación administrativa, reconocer que la no entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV en la Fecha de Entrada Declarada (1 de diciembre de 2015), obedece a hechos imprevisibles e irresistibles que eximen de responsabilidad a EPM.*

*En las comunicaciones anteriormente mencionadas, EPM arguyó que la difícil problemática social, de conflicto armado y orden público permiten sostener que las circunstancias inicialmente previstas para la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV, continúan agravándose, situación que se registra en nuevos hechos de orden público en la zona del proyecto, es decir de la misma naturaleza que fueron expuestos a la Comisión en los documentos E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010 y E-2011-001370 de febrero 11 de 2011.*

*En los últimos 5 meses del año se han registrado nuevos hechos, entre los que se destacan, acciones violentas de grupos armados ilegales presentes en la zona contra la infraestructura energética y vial, atentados contra instalaciones públicas en Anorí, y situaciones que vulneran los derechos humanos como desplazamientos forzados e intimidaciones a la población civil.*

*Estos hechos tuvieron un despliegue en los diferentes medios de comunicación del orden local, regional y nacional. No obstante, EPM adjunta a la presente comunicación, un disco compacto con los archivos*

*CW*

*UP*



Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*de prensa, que detallan la gravedad de los hechos y solicita a la Comisión de manera respetuoso su valoración en el marco del trámite de la actuación administrativa (...)*”.

Como se puede notar del documento, este no tiene la naturaleza de una petición diferente a la realizada mediante la comunicación del 30 de diciembre de 2010 (Rad. CREG 2010-012362), tratándose la misma de una comunicación donde EPM se limita a entregar nueva información, sobre los hechos narrados en la comunicación del 30 de diciembre de 2010.

Adicionalmente el documento se refiere es a la: “*Solicitud de inicio de actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad*” y nunca menciona que el destino de dicha información sea la actuación administrativa 2011-0049, la cual fue iniciada por la CREG mediante auto del 30 de mayo de 2011, y comunicada a EPM por estado del 1 de junio del 2011 y enviada carta de información mediante comunicación S-2011-002723, al representante legal de EPM.

Por lo anterior, es claro que al momento de la comunicación del 1 de julio del 2011, EPM conocía de la actuación administrativa 2011-0049 y el destino de dicha comunicación no era la actuación 2011-0049, en la cual se expidió la Resolución CREG 104-2011, sino adicionar más información a su petición del 30 de diciembre del 2011.

No existe una sola referencia en la comunicación del 1 de julio del 2011 donde se mencione la actuación administrativa 2011-0049 o que el destino de dicha petición es dicha actuación administrativa.

5. Finalmente mediante documento del 4 de octubre del 2011 Rad. CREG E-2011-009426, se dijo:

“(…)

Asunto: *Actuación Administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica, Porce IV, elaborado por SEDIC S.A. Expediente 2011-0049.*

*(...) En consecuencia y como la presente actuación administrativa no puede ser decidida sin que los argumentos presentados por EPM sean valorados por las autoridades competentes, ya que ello implicaría una violación de su derecho de defensa; y según lo expresado por la misma CREG, el competente para asumir tal actuación no es la Comisión de Regulación de Energía y Gas, EPM respetuosamente solicita a la Comisión abstenerse de decidir la presente actuación administrativa, por cualquier pronunciamiento implica valorar el evento eximente de responsabilidad que imposibilitó la entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV para el 1° de diciembre de 2015*

*Finalmente, EPM reitera su solicitud de que las comunicaciones CREG E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1° de julio de 2011 ni E-2011-*

*oul*

*Up*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*09426 del 4 de octubre de 2011, incluidas sus solicitudes de pruebas y sus anexos, hagan parte del expediente administrativo y sean tenidas como prueba dentro de la actuación, tal como se solicitó en el último de los documentos mencionados (...).*

Dicha comunicación fue radicada en la CREG el 4 de octubre de 2011, cuando la CREG ya había decidido la actuación administrativa 2011-0049, con la Resolución CREG 104 de 2011, la cual ya se encontraba aprobada por el cuerpo colegiado de la CREG y estaba en proceso de recolección de firmas para su posterior notificación.

Lo cierto es que EPM mediante su comunicación del 1 de julio del 2011, con el Rad. CREG E-2011-006358 insistía en un trámite para el cual la CREG ya había manifestado su falta de competencia, lo cual se había informado con el documento del 8 de febrero del 2011 (Rad. CREG S-2011-000325) en el cual se dijo:

“(…)

*En un Estado Social de Derecho, las competencias de las autoridades públicas corresponderán a lo determinado por la Constitución y las Leyes, y en ese orden de ideas, de manera general podemos decir que la determinación de la responsabilidad de las personas, es una tarea que ha sido asignada por el Código de Procedimiento Civil a los Jueces de la jurisdicción ordinaria, o en caso de existir el Estado como parte de la litis, esta será una labor adelantada por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Artículo 82 del Código Contencioso Administrativo). Además de lo anterior, existe la posibilidad del reconocimiento por parte de una entidad administrativa del acaecimiento de una causal de vis mayor (fuerza mayor o caso fortuito), cuando la Ley la ha facultado para realizar tal labor.*

*Las Leyes 142 y 143 de 1994, crearon, organizaron y atribuyeron funciones explícitas a la Comisión de Regulación de Energía y Gas “CREG”, cuya labor primordial consiste en la regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios de Energía Eléctrica y Gas combustible, garantizando una oferta energética eficiente para el sector.*

*Mediante los Artículos 106 a 114 de la Ley 142 de 1994, se establecieron los procedimientos para los actos administrativos unilaterales a que dé origen el cumplimiento de las disposiciones de dicha Ley.*

*En cumplimiento del Artículo 126 de la Ley 142 de 1994, se permite a la CREG valorar la ocurrencia del caso fortuito o la fuerza mayor, únicamente para la revisión de las fórmulas tarifarias.*

*Según lo anterior, y considerando el ámbito de actuación del Artículo 106 de la Ley 142 de 1994, (esto es, los actos administrativos unilaterales para el cumplimiento de las disposiciones de la propia Ley 142 de 1994), no existe disposición legal o reglamentaria alguna, que atribuya competencia a la CREG para la realización de una actuación administrativa tendiente a reconocer la ocurrencia de una causal eximente de responsabilidad (caso fortuito o fuerza mayor).*

*Cul*

*Upp*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*En virtud de lo anterior la CREG debe informar a EPM E.S.P, que no cuenta con las facultades jurídicas para iniciar o conocer de la solicitud elevada por dicha empresa ante esta entidad. (...)*

Ante esta insistencia de EPM, de una actuación administrativa para la cual la CREG no tiene competencia<sup>8</sup>, la Comisión decidió que en cumplimiento y en garantía del debido proceso, atendiendo el derecho de defensa que le asiste a EPM, expedir dentro de la actuación administrativa 2011-0049, el auto del 29 de julio del 2011, en cual se dijo:

*"(...) Que las actuaciones administrativas en un Estado Social de Derecho se encuentran sujetas a reglas y límites previamente establecidos en normas constitucionales y legales<sup>9</sup>, las cuales en ningún momento pueden ser omitidas o violentadas por la administración pública. Es así como el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 establece que "[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". Lo anterior implica que todas las garantías constitucionales previstas para las actuaciones judiciales establecidas a favor de los ciudadanos son también predicables de cualquier actuación administrativa.*

*Que la finalidad última del debido proceso, es garantizarles a los asociados la imparcialidad de la administración y la consecución adecuada de sus derechos.*

*Que la h. Corte Constitucional ha señalado como elementos característicos del debido proceso los siguientes<sup>10</sup>:*

*El derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, consagrado por el artículo 29 de la Constitución.*

*El debido proceso administrativo involucra todas las garantías propias del derecho al debido proceso en general.*

*El derecho al debido proceso no se limita únicamente a la impugnación de la decisión, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que regula la expedición del acto y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación.*

*El debido proceso administrativo no sólo responde a las garantías procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad).*

*El debido proceso implica una adecuada notificación de los actos administrativos de carácter particular, asegurando el principio de publicidad y celeridad de la función administrativa.*

<sup>8</sup> Más adelante se explicara la diferencia entre la naturaleza de la actuación administrativa 2011-0049 y la petición de EPM de inicio de una actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad.

<sup>9</sup> Ejemplo de ello es el artículo 209 de la Constitución Política de 1991, en el que se establecen los principios de la actividad administrativa. En igual sentido basta mirar los principios contenidos en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998.

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-103 de 2006. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

*Qu*

*up*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*El debido proceso, como regla general, establece que las actuaciones administrativas de carácter general o particular están reguladas por el Código Contencioso Administrativo, sin desconocer que existen procedimientos administrativos especiales, regulados por leyes especiales.*

*Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 (modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007), corresponde a la Comisión iniciar una actuación administrativa con el propósito de establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable, determinando así sus consecuencias y garantizando el derecho de defensa de los afectados.*

*Que el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 (modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007), determina como consecuencia del incumplimiento grave e insalvable de la puesta en operación de la planta o unidad de generación, la ejecución de la garantía y la pérdida para el generador de la asignación de la Obligación de Energía Firme y la remuneración asociada a ella.*

*Que mediante auto del 23 de junio del 2011, se dio traslado al interesado del informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.*

*Que mediante comunicación E-2011-006723, la empresa "EPM" manifestó su opinión y ejerció su derecho de defensa, sobre el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.*

*Que existe en los archivos de la CREG, una petición de la empresa "EPM" sobre el proyecto hidroeléctrico Porce IV y que la misma tiene relación con el objeto de esta actuación administrativa. Por lo tanto en aras de procurar el debido proceso y garantizar el derecho de defensa del interesado, la CREG;*

**RESUELVE:**

**PRIMERO. Solicitar a Empresas Públicas de Medellín "EPM" S.A E.S.P, pronunciarse si es su interés que las comunicaciones aportadas con los radicados CREG E-2010-012362, E-2011-000206 y E-2011-001370, sean consideradas por la CREG al resolver la actuación administrativa de la referencia.**

**SEGUNDO. En virtud de lo anterior se otorga a EPM el término de tres (3) días, para dar respuesta a la petición, consagrada en el artículo primero de este auto. (...)" (Negrilla fuera del original).**

Lo realizado por la CREG consistió en respetar el derecho de defensa de EPM garantizándole el debido proceso, al consultarle si las comunicaciones donde esta alegaba un evento eximente de responsabilidad, debían ser o no tenidas en cuenta por la CREG al momento de decidir la actuación administrativa 2011-0049 (actuación a la cual nunca se aportaron esos documentos), recordemos que ya estando vigente la actuación que culminó con la Resolución CREG 104 de 2011,

ew

up

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

EPM insistía en la apertura de una actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad, diferente a la resuelta con la Resolución CREG 104 de 2011.

De lo anterior, vemos que el actuar de la CREG no consistió en imponer su voluntad sobre la de EPM, todo lo contrario, creo un espacio para que EPM manifestara si era de su interés que las comunicaciones con los radicados CREG E-2010-012362, E-2011-000206 y E-2011-001370, fueran consideradas por la CREG al resolver la actuación administrativa 2011-0049, esto es la actuación administrativa en la cual se expidió la Resolución CREG 104 de 2011.

Recordemos lo dicho por la H. Corte Constitucional sobre el debido proceso administrativo:

*"(...) En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso (...)"<sup>11</sup>*

Lo anterior nos demuestra dos cosas: Primero (1) no es cierto que EPM hubiera solicitado la inclusión y consideración en la actuación administrativa de las comunicaciones CREG E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1 de julio de 2011. Quien le solcito a EPM si estos documentos debían hacer parte de la actuación administrativa y considerados al momento de decidirla fue la CREG.

Segundo (2), EPM nunca respondió tal solicitud y guardo silencio sobre la misma, nunca recibió la CREG respuesta por parte de dicha empresa, sobre si estas comunicaciones, **recordemos que la E-2010-012362 es la primera solicitud, la cual será complementada con las otras**, debían ser consideradas o no, en la actuación administrativa 2011-0049.

Volviendo a la solicitud de EPM del 4 de octubre del 2011, podemos ver que la misma es en esencia igual a la realizada por la CREG mediante el auto del 29 de julio del 2011, con la diferencia que la del auto se realizó antes que la Comisión en sesión del 19 de agosto del 2011, adoptara la Resolución CREG 104 de 2011, es decir; mediante la comunicación del 4 de octubre del 2011, EPM pretende beneficiarse de su propia culpa, ya que de haber manifestado su intención para que dichas comunicaciones (comunicaciones CREG E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1 de julio de 2011) fueran consideradas por la CREG, esta Comisión las hubiera tenido en cuenta.

No ocurre como lo plantea el recurso, que la CREG no consideró los argumentos de EPM expuestos en las comunicaciones CREG E-2010-012362 del 30 de diciembre de 2010, E-2011-001370 del 11 de febrero de 2011, E-2011-006348 del 1 de julio de 2011. **Ocurre que la CREG preguntó a EPM si era de su interés que dichas comunicaciones fueran consideradas y esta empresa nunca respondió a tal solicitud.**

<sup>11</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1083 del 2004. M.P: Jaime Córdoba Triviño.

que

up

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

**Por lo anterior, cuando corresponde al administrado realizar la carga de la prueba o ejercer según su criterio y buen juicio el derecho a la defensa, no le es aceptable a la administración pública suplir la voluntad solicitada al administrado o entrar a asumir que la misma sería en un sentido u otro, lo cierto es que dada la oportunidad y esta no ejercida por el interesado, se sigue de esto que el Estado ha garantizado el correcto devenir de la actuación y la posibilidad para el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico le debe y garantiza al administrado<sup>12</sup>.**

En ese orden de ideas, es necesario considerar los artículos 34 y 35 del código Contencioso Administrativo, los cuales establecen:

Artículo 34:

*"(...) Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado (...)"*.

Artículo 35:

***"(...) Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.***

*En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.*

*Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay (...)" (Negrilla fuera del original).*

De lo expresado por las normas, esto es que la administración puede pedir y decretar pruebas de oficio, vemos que la CREG utilizó esta facultad para facilitarle a EPM un espacio que le permitiera ejercer su derecho de defensa dentro de la actuación administrativa 2011-0049, tanto para objetar el informe adicional de auditoria, como para que los argumentos dados en sus comunicaciones encaminadas a solicitar una actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad, fueran considerados en la actuación 2011-0049.

Reiteramos que para el mes de julio del 2011, EPM ya conocía la existencia de la actuación administrativa CREG 2011-0049, y esta empresa seguía insistiendo en la apertura de una actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad en el caso de Porce IV, petición frente a la cual desde el 8 de febrero del 2011, la CREG había manifestado su falta de competencia, razón por la cual la CREG preguntó a EPM, mediante el auto del 29 de julio del 2011, si era de su interés que las

<sup>12</sup> Resolución CREG 084 de 2011.



Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

comunicaciones relacionadas con Porce IV (*radicados CREG E-2010-012362, E-2011-000206 y E-2011-001370*) fueran o no consideradas en la actuación administrativa 2011-0049.

Aplicando el Artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, en el cual se establece que habiéndosele dado oportunidad al interesado para expresar sus opiniones y solicitar pruebas, y con base en las pruebas obrantes dentro de la actuación la administración debe tomar una decisión. Notamos que en el presente caso, la administración dio un espacio para manifestar sus opiniones, solicitar pruebas e inclusive controvertirlas, por lo tanto, tenía la CREG el deber de decidir con las pruebas obrantes dentro de la actuación administrativa 2011-0049, tal y como lo hizo con la Resolución CREG 104 de 2011.

Se trasladó el informe del auditor a EPM, aceptando las conclusiones del mismo y se solicitó a EPM si quería que las comunicaciones E-2010-012362, E-2011-000206 y E-2011-001370, fueran consideradas en la decisión y esta guarda silencio, la Resolución CREG 104 de 2011 no puede ser ahora considera como una vulneración del debido proceso o del derecho de defensa, por la no consideración de estos argumentos, cuando se preguntó a EPM si los mismo debían ser considerados.

**De lo anterior vemos que la CREG podía proceder a decidir la actuación administrativa 2011-0049, tal y como lo hizo, ya que no se trata que la Comisión dejo de considerar las comunicaciones hoy alegadas, se trata que EMP nunca respondió la solicitud para que dichas comunicaciones fueran consideradas.**

Si dado el espacio procesal para la defensa de sus intereses y este no ejercido, es claro que el Artículo 35 del CCA, faculta a la administración para resolver el asunto.

El segundo (2) sub-cargo planteado por EPM, consiste en la indebida notificación del auto del 30 de Mayo de 2011, por el cual se dio inicio de la actuación administrativa 2011-0049; *"iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV"*, la cual culminó con la expedición de la Resolución CREG 104 de 2011, notificación supuestamente errada que generó confusión en EPM, impidiéndole ejercer debidamente su derecho de defensa durante la actuación.

Frente a la supuesta indebida notificación del auto del 30 de mayo de 2011, con el cual se dio inicio a la actuación administrativa 2011-0049, por la no aplicación de lo previsto en el artículo 106 y ss de la Ley 142 de 1994. Debe decirse que la anterior violación no es cierta, ya que la aplicación del Artículo 106 de la Ley 142 de 1994, no correspondía al auto del 30 de mayo de 2011, veamos porque:

El auto del 30 de mayo de 2011 es un acto administrativo de trámite, el cual debe notificarse por estado, debido a la remisión que el Código Contencioso

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

Administrativo hace al Código de Procedimiento Civil, por lo que no se debe confundir que la notificación es la prevista en el artículo 107 de la Ley 142 de 1994, al alegarlo como una norma especial.

Lo anterior se debe a que el auto en mención no es de aquellos que deban ser notificados personalmente, por lo que se ha de aplicar el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil el cual expresa lo siguiente:

*"(...) ARTÍCULO 321. NOTIFICACIONES POR ESTADO. La notificación de los autos que no deba hacerse personalmente, se cumplirá por medio de anotación en estados que elaborara el secretario. La inserción en el estado se hará pasado un día de la fecha del auto, y en ella ha de constar:*

*1. La determinación de cada proceso por su clase.*

*2. La indicación de los nombres del demandante y el demandado, o de las personas interesadas en el proceso o diligencia. Si varias personas integran una parte, bastará la designación de la primera de ellas añadiendo la expresión: y otros.*

*3. La fecha del auto y el cuaderno en que se halla.*

*4. La fecha del estado y la firma del secretario.*

*El estado se fijará en un lugar visible de la secretaría y permanecerá allí durante las horas de trabajo del respectivo día.*

*De las notificaciones hechas por estado el secretario dejará testimonio con su firma al pie de la providencia notificada.*

*De los estados se dejará un duplicado autorizado por el secretario; ambos ejemplares se coleccionarán por separado en orden riguroso de fechas para su conservación en el archivo, y uno de ellos podrá ser examinado por las partes o sus apoderados bajo la vigilancia de aquél (...)"*

La referencia al artículo 106 que hace el accionante no invalida la actuación, debido a que la comunicación que se envía, en este caso el oficio S-2011-002723 se hace a modo informativo y el mismo no tiene implicaciones para efecto del derecho de audiencia y defensa; es decir, además de notificar en la forma legal, la CREG envía una comunicación informativa al interesado, con el único propósito de brindar un medio adicional de información que sin suplir el medio oficial, permita al interesado conocer la actuación administrativa para que esté ejerza según su criterio y buen juicio, el derecho de defensa que le reconoce el ordenamiento jurídico.

Se trata de un acto de mero trámite, el cual no debe ser notificado personalmente y no admite recurso alguno en su contra.

Recordemos que el fin de la notificación es darle al interesado un medio que le permita conocer la existencia de una actuación administrativa, y que de esta

*QUP*

*UPP*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

forma se entere de su existencia, permitiéndole ejercer según su criterio y buen juicio, los derechos que el ordenamiento jurídico le ha reconocido.

Frente al presente argumento, resulta de la mayor relevancia citar lo expuesto por la H. Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, la cual en fallo de tutela sobre actuación administrativa 2011-0049, interpuesta por EPM, dijo:

*"(...) Adicionalmente, no puede desconocerse que **en el trámite administrativo las Empresas Públicas de Medellín siempre fue enterado de todas las actuaciones, sin embargo asumió una posición pasiva e incluso en ningún momento contravirtió lo establecido por el auditor y que fue el fundamento de la Resolución CREG 104 de 2011 (...)**"<sup>13</sup> (Negrilla fuera del original).*

Cualquier inquietud sobre la notificación, es solucionada definitivamente por el Artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece que:

*"(...)Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, **a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales (...)**" (Negrilla y subraya fuera del original).*

Es objeto de la actual Resolución, resolver el recurso de reposición interpuesto por EPM en contra de la Resolución CREG 104 de 2011, recurso interpuesto frente al funcionario competente y en el tiempo legal. Por lo cual, en aplicación del Artículo 48 del Código Contencioso Administrativo, la supuesta nulidad por indebida notificación fue subsanada por EPM, cuando utilizó en tiempo el recurso legal de reposición en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

**Conclusión del primer cargo:** por las razones expuestas el primer cargo no está llamado a prosperar.

#### **4.2.2 Solución al Segundo Cargo.**

El segundo cargo: *ilegalidad de la competencia de la CREG*<sup>14</sup>, propone que la CREG ha realizado una actuación administrativa sancionatoria con la Resolución CREG 104 de 2011, actuación sancionatoria para la cual la CREG no tiene competencia.

Pretende el apoderado de EPM, demostrar que la Regulación del cargo por confiabilidad, resulta violatoria del principio de legalidad, en razón a que la CREG no tiene competencia legal para deducir la responsabilidad civil de EPM y mucho menos para sancionarla.

Frente a dicha afirmación, debemos aclarar los antecedentes y fundamentos del ejercicio de la función de regulación de la CREG, para el establecimiento del

<sup>13</sup> Sentencia de tutela de primera instancia. Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín. Proceso 05001220400020110102901.

<sup>14</sup> Denominación dada por el accionante.

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

Cargo por confiabilidad y la función de la CREG frente a un incumplimiento grave e insalvable.

• **Antecedentes y fundamentos del ejercicio de la función de regulación de la CREG para el establecimiento del Cargo por Confiabilidad.**

Dada la importancia de los servicios públicos domiciliarios, la Constitución establece las bases para su régimen, por lo cual encontramos las siguientes normas:

El Artículo 365 de la Constitución dispone:

*"(...) 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 (...)"*

*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (...)"*

Señala el Artículo 367 de la Constitución que:

*"(...) La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos (...)"*

Por su parte el Artículo 370 de la Carta dispone:

*"(...) Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten (...)"*

Del articulado constitucional mencionado, podemos establecer varios principios fundamentales para el régimen de los servicios públicos, valiendo la pena destacar los siguientes:

- La obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, lo cual implica la continuidad del servicio.
- El Estado mantiene la regulación del servicio público independientemente de quien preste el servicio.

que

249

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

- En el caso de servicios públicos domiciliarios, la Constitución atribuye al Presidente de la República, el deber de señalar las políticas generales de administración.
- El régimen tarifario debe tener en cuenta el criterio de costos.

En desarrollo de los citados postulados constitucionales las Leyes 142 y 143 de 1994 establecieron el régimen de los servicios públicos domiciliarios y el del servicio publico domiciliario de energía eléctrica.

En particular, en relación con las funciones presidenciales en materia de servicios públicos, la Ley 142 de 1994 dispone en su Artículo 68, lo siguiente:

*"El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta ley.*

*"Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones".*

En desarrollo de lo anterior, mediante los Decretos 1524 y 2253 de 1994 el Presidente de la República delegó en las Comisiones de Regulación las funciones que las leyes le atribuían, como un desarrollo de su función de fijar las políticas generales de administración de los servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, la Ley 143 de 1994 estableció el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad. Uno de los aspectos fundamentales que inspira la ley y que es un desarrollo de los principios constitucionales, es el de asegurar la continuidad del servicio, de tal manera que el mismo se preste de forma eficiente, para lo cual el Estado a través de la regulación debe adoptar medidas apropiadas.

Así se desprende del Artículo 4 de la citada ley, que dispone:

*"(...) 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 (...)"*

En el mismo sentido, el Artículo 5o de la referida ley señala:

*cul*

*Upp*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*"(...) La generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública (...)"*

Así mismo, el Artículo 6o dispone:

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

*"El principio de continuidad implica que el servicio se deberá prestar aún en casos de quiebra, liquidación, intervención, sustitución o terminación de contratos de las empresas responsables del mismo, sin interrupciones diferentes a las programadas por razones técnicas, fuerza mayor, caso fortuito, o por las sanciones impuestas al usuario por el incumplimiento de sus obligaciones (...)"*

De otra parte, el Artículo 20 señala:

*"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 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 (...)"* (negrilla fuera del original).

En igual sentido, el Artículo 33 de la Ley 143, ordena:

*"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 (...)"*

Dentro de dicho contexto, la Ley 143 de 1994, estableció las funciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el cumplimiento del objetivo previsto en el Artículo 20 de dicha norma, esto es, la regulación del sector, entre las cuales incluyó en su Artículo 23 las siguientes:

*"a) 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.*

*En el sector eléctrico, la oferta eficiente tendrá en cuenta la capacidad de generación de respaldo, la cual será valorada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, según los criterios que establezca la Unidad de Planeación Minero - Energética en el plan de expansión. (...)"*

*i) Establecer el Reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional, después de haber oído los conceptos del Consejo Nacional de Operación. (...)"*

*ew*

*UP*



Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*n) Definir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía (...).*

Igualmente, la Ley 142 de 1994, Artículo 74.1, le atribuye las siguientes funciones a la CREG:

*"(...) a. 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. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado. (...)*

*c. **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 (...)**" (Negrilla fuera del original).*

El reglamento de operación de conformidad con el Artículo 11 de la Ley 143 de 1994 es el *"Conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El Reglamento de Operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional"*.

De todo lo anterior resulta que: (1) uno de los propósitos básicos de la acción del Estado en relación con el sector eléctrico es asegurar el suministro continuo de energía eléctrica; (2) que la regulación de dicho sector le corresponde adoptarla a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y que para tal efecto la ley la dotó de claras competencias, pues previó que debían adoptarse condiciones para asegurar una oferta eficiente, lo cual incluye la capacidad de generación y respaldo, que por mandato expreso del Artículo 23, Literal a) de la Ley 143 de 1994 la CREG debe valorar; (3) que debía adoptar y hacer operativos criterios de seguridad y confiabilidad, y que además debía adoptar el reglamento de operación, en el cual debe reflejarse lo anterior.

Para la mejor comprensión de los objetivos de estas disposiciones legales, debe recordarse que uno de los hechos, tal vez el más significativo que incidió en la expedición de las Leyes 142 y 143 de 1994, fue el racionamiento de energía de marzo de 1992, el cual puede explicar la insistencia del legislador en garantizar la disponibilidad de la oferta energética eficiente, incluida la capacidad de generación y de respaldo, para asegurar la confiabilidad y continuidad del servicio a través de la regulación expedida por la CREG<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> En la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley Eléctrica número 127 de 1992 (Senado), se lee por ejemplo: *"En desarrollo de lo previsto en el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Nacional y en el artículo Transitorio 48 de la misma carta, el proyecto inicial de la Ley Eléctrica estaba listo para ser sometido a consideración del Honorable Congreso de la República en abril de 1992, cuando sobrevino la crisis eléctrica que apagó al país y conmovió los cimientos de la economía nacional. Como era obvio, el proyecto debió ser reconsiderado a fondo para detectar las causas que nos condujeron a tan grave crisis y para implementar*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

Como consecuencia de lo anterior, la Comisión de Regulación de Energía y Gas creó el cargo por capacidad, con fundamento en las normas citadas con anterioridad.

La creación del Cargo por Capacidad obedeció a las características propias de la conformación del parque de generación del país, donde actualmente, aproximadamente, el 65% de la capacidad instalada corresponde a generación hidroeléctrica (generación mediante la utilización de agua), y el 35% a generación térmica (a base de gas natural, fuel oil, carbón y otros combustibles).

Las características de las plantas hidráulicas instaladas en el país, corresponden en su mayoría a reservorios con poca capacidad de embalse. Esto hace que durante las estaciones de alta hidrología (periodos lluviosos), la demanda del país sea cubierta principalmente con energía hidroeléctrica, dados los bajos costos relativos del recurso hídrico, abundante en dicho periodo, pero que en épocas de hidrologías críticas, por la escasez del recurso hídrico, la generación hidroeléctrica con las características a que se ha hecho referencia, no sea suficiente para atender toda la demanda del país y, por tanto, se requieran mecanismos que aseguren una generación de energía en dichas épocas para así cumplir el deber constitucional de asegurar la prestación continua del servicio.

Es este uno de los casos en que se tipifica lo que la ciencia económica a denominado una falla del mercado, la cual, como lo reconoce la Honorable Corte Constitucional, está constituida por fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros:

*"(...) La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema.<sup>16</sup> Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras (...)”<sup>17</sup>.*

En este caso, se trata de una externalidad que consiste en que un sistema de generación como el nuestro, integrado mayoritariamente por plantas hidráulicas, se encuentra expuesto al carácter estacional de la hidrología porque frente a periodos extremadamente secos asociados al fenómeno de El Niño y que se producen en periodos no predeterminados de entre 4 y 7 años, los usuarios y generadores no internalizan los costos que demanda la

*soluciones que permitieran al país tener la seguridad de que tan onerosa e injustificada coyuntura jamás volvería a repetirse.”*

<sup>16</sup> Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes "fallas de mercado", ver: Stephen Breyer. Regulation and its Reform. Harvard University Press. Cambridge, 1982; Richard J. Pierce, JR. and Ernest Gellhorn, Regulated Industries. West Publishing Co, 1994; y Jeffrey L. Harrison. Regulation and Deregulation. Cases and Materials. West Publishing Co. ST. Paul, Minn, 1997.

<sup>17</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 2003. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

confiabilidad necesaria para superar estos periodos y se produce el riesgo de racionamiento y el ejercicio de un poder de mercado absoluto por los pocos agentes con capacidad de producir energía ante este fenómeno hidrológico frente a los consumidores.

La creación en aquel momento del Cargo por Capacidad<sup>18</sup> obedeció a la necesidad de resolver esta falla identificada en el mercado de generación de energía, internalizando la referida externalidad a través del cobro que se le hace a los usuarios del respaldo que necesitan en periodos extremadamente secos o críticos y pagando a los generadores por la firmeza que brindan.

Tras diez años de aplicación ininterrumpida del Cargo por Capacidad, la CREG consideró necesario diseñar un nuevo esquema de remuneración que permita hacer más viable la inversión en los recursos de generación necesarios para atender la demanda de manera eficiente, en condiciones críticas de abastecimiento hídrico, a través de la estabilización de los ingresos del generador. Este esquema reemplazó el del Cargo por Capacidad para dar cumplimiento a los objetivos y el mandato incorporados en la Ley 143 de 1994, Artículo 23, **denominándose como el esquema de Cargo por Confiabilidad.**

Se puede observar que las facultades constitucionales, legales y reglamentarias usadas para establecer el esquema del Cargo por Capacidad, son las mismas normas que fundamentan el establecimiento del sistema de Cargo por Confiabilidad.

Después de un largo proceso de análisis y de consulta con la industria, buscando diferentes alternativas para la remuneración de los generadores, que asegurara la prestación continua y eficiente del servicio público domiciliario de energía eléctrica, la Comisión aprobó la Resolución CREG 071 de 2006 "Por la cual se adopta la metodología para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía".

El nuevo esquema se basa en un mecanismo de mercado, que opera desde diciembre de 2006 y conserva lo esencial del esquema de liquidación, facturación y recaudo que garantizó con éxito, durante los diez años continuos el pago a los generadores, creado por el Cargo por Capacidad.

Uno de los componentes esenciales del nuevo esquema de Cargo por Confiabilidad, es la existencia de las Obligaciones de Energía Firme (OEF), que corresponden a un compromiso que adquieren los generadores que voluntariamente participan en el esquema. Compromiso que debe estar respaldado por activos de generación capaces de producir energía firme durante condiciones críticas de abastecimiento.

El nuevo esquema permite asegurar la confiabilidad en el suministro de energía en el largo plazo a precios eficientes, permitiendo la satisfacción de los usuarios.

<sup>18</sup> Resoluciones CREG 001 y 116 de 1996.

cu

up

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

Para estos propósitos, se subastan entre los generadores las OEF que se requieren para cubrir la demanda del Sistema. El generador al que se le asigna una OEF recibe una remuneración conocida y estable durante un plazo determinado, y a cambio **se compromete** a entregar determinada cantidad de energía cuando el precio de bolsa supera un umbral previamente establecido por la CREG, denominado precio de escasez. Esta remuneración es liquidada y recaudada por el ASIC (X.M S.A E.S.P) y pagada por los usuarios del SIN (Sistema Interconectado Nacional) a través de las tarifas que cobran los comercializadores.

Las OEF del nuevo Cargo por Confiabilidad establecen un vínculo jurídico entre la demanda del MEN (Mercado de Energía Mayorista) y los generadores, que permite tanto a los generadores como a los usuarios del sistema, obtener los beneficios derivados de un mecanismo estable en el largo plazo y que da señales e incentivos para la inversión en nuevos recursos de generación, garantizando de esta forma el suministro de energía eléctrica.

En resumen, la regulación define las Obligaciones de Energía firme (OEF), el alcance de las mismas y la forma de calcular el monto de estas, establece las reglas aplicables a la subasta en la que participan los generadores que desean comprometerse a suministrar la energía en las condiciones antes descritas, a cambio de una remuneración y se establece en qué forma se determina la energía que puede comprometer cada planta, esto es la energía firme<sup>19</sup>.

Adicionalmente, con el fin de incentivar la instalación de nueva capacidad de generación, la Resolución CREG 071 de 2006 estableció la posibilidad que generadores con plantas de generación que aún no estén instaladas y generado energía, participen en el esquema de subasta. Por lo cual, **la norma establece que el agente que como resultado de la subasta resulte asignado con una OEF a ser respaldada con una de estas plantas, se compromete a realizar la construcción e instalación de la planta, que esta esté instalada y en condiciones de entregar la energía durante el período de vigencia de la OEF.** Es a esto a lo que se comprometió EPM con la proyecto de generación Porce IV.

La regulación dispone la práctica de una auditoría en la ejecución del proyecto para verificar el cumplimiento de estas obligaciones y señala expresamente que se debe garantizar su cumplimiento, mediante una garantía que debe otorgarse según las condiciones previstas en la regulación<sup>20</sup>.

Específicamente el artículo 7 de la Resolución CREG 071 de 2006 señala las obligaciones que adquieren quienes participan en la subasta bajo esta modalidad del esquema.

*"(...) Artículo 7. Modificado por el Artículo 12 de la Resolución CREG-061 de 2007. Obligaciones adicionales para los agentes con plantas y/o*

<sup>19</sup> Es la máxima energía eléctrica que es capaz de entregar una planta de generación continuamente, en condiciones de baja hidrología, en un período de un año.

<sup>20</sup> Las normas sobre garantías para el cargo por confiabilidad se encuentran definidas en la Resolución CREG 061 del 2007, modificatoria de la Resolución CREG 071 de 2006.

Qui

Up

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*unidades de generación nuevas o especiales: Además de las establecidas en otros artículos de esta resolución, los agentes con plantas y/o unidades de generación nuevas o especiales a quienes les hayan sido asignadas obligaciones de energía firme, tendrán las siguientes obligaciones:*

- 1. Poner en operación comercial la planta y/o unidad de generación a más tardar en la fecha de inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación y con la ENFICC asignada en la Subasta.*
- 2. Cumplir el cronograma de construcción o repotenciación de la planta y la Curva S.*
- 3. Pagar el costo de la auditoría establecida en el artículo 8 de esta Resolución, periódicamente en forma anticipada. El incumplimiento en el pago de la auditoría, dará lugar a la ejecución de la garantía a que se refiere el numeral 4 de este artículo y la pérdida para el generador de la Obligación de Energía Firme y la remuneración asociada a ella.*
- 4. Constituir y mantener vigente la garantía de cumplimiento de la fecha de inicio de la operación comercial de las plantas o unidades de generación en instalación o por instalar o repotenciar con la ENFICC asignada en la Subasta, y del pago de la auditoría. Estas garantías deben cumplir las disposiciones contenidas en el Capítulo VIII de esta resolución.*
- 5. Haberse constituido en Empresa de Servicios Públicos con anterioridad al plazo fijado por la CREG para el otorgamiento de las garantías exigibles para el cumplimiento de las Obligaciones de Energía Firme.” (Hemos subrayado)*

El artículo 8 de la Resolución en cita, señala la obligación de realizar la auditoría:

*“(...) Auditoría para plantas y/o unidades de generación nuevas o especiales. La obligación de cumplir con la Curva S, con el cronograma de construcción o repotenciación de la planta o unidad de generación y con la puesta en operación de la misma, será objeto de verificación mediante una auditoría que deberá ser contratada por el Administrador de la Subasta de acuerdo con las disposiciones contenidas en el numeral 1.5 del Anexo 1 de esta resolución (...).”*

Así mismo, en el Artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 modificado por el Artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007, se establece las consecuencias que se derivan del incumplimiento del cronograma de construcción o de la puesta en operación de la planta:

*“(...) 2. El retraso en el cronograma de construcción o repotenciación de la planta o unidad de generación frente a la Curva S que no constituya incumplimiento grave e insalvable, dará lugar al ajuste de la garantía de conformidad con los procedimientos que se definan en el Reglamento de Garantías para el Cargo por Confiabilidad de que trata el Artículo 78 de esta resolución.*

*3. El incumplimiento grave e insalvable de la puesta en operación de la planta o unidad de generación, dará lugar a:*

*ew*

*up*

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

a) La ejecución de la garantía.

b) La pérdida para el generador de la asignación de la Obligación de Energía Firme y la remuneración asociada a ella.

(...)” (subraya fuera del original).

Esta última norma prevé dos posibilidades:

La primera consiste en que se presente un incumplimiento en el cronograma que no sea, a la luz de la norma, grave e insalvable. En tal caso, la resolución permite la posibilidad que el agente suscriba un contrato de respaldo con otro agente generador, realice un ajuste a la garantía, sin perder la asignación de la obligación de energía firme (OEF), ni se ejecute la garantía que ha constituido.

El segundo caso se presenta cuando el incumplimiento en que incurre el agente es grave e insalvable, que en el caso de la construcción de una planta nueva significa un “Incumplimiento Calificado de Cronograma que implique que la puesta en operación de la planta o unidad de generación, ocurrirá en un plazo superior a un (1) año contado a partir del IPVO”<sup>21</sup>.

Para el caso anterior, tal y como se observa en el Artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006, modificada por el Artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007, transcrito anteriormente, la regulación prevé que se debe adelantar una actuación administrativa que tiene como objetivo principal la verificación del incumplimiento, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de los afectados. Claro está, si se configuran las condiciones fácticas que la regulación consagra para iniciar dicha actuación, esto es que el informe del auditor indique que la puesta en operación de la planta o unidad de generación tiene un atraso superior a un año.

Todas estas normas y condiciones son conocidas por los agentes cuando participan en la subasta para la asignación de obligaciones de energía firme, en otras palabras, quien se presenta para participar voluntariamente en la asignación de OEF con una planta nueva, conoce las obligaciones que adquiere y como es lógico, también sabe las consecuencias que se derivan de su incumplimiento.

Es claro que en ningún momento la CREG ha vulnerado el principio de legalidad o ninguna otra disposición constitucional, legal o reglamentaria, en la labor de expedir el cargo por confiabilidad. Dicha función encuentra un claro sustento en las normas constitucionales, legales y reglamentarias mencionadas.

• **La función de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, frente a un incumplimiento grave e insalvable.**

La función de la CREG de verificar y determinar los alcances de un incumplimiento grave e insalvable en la construcción y puesta en operación de

<sup>21</sup> El artículo 13 del Reglamento de Garantías para el Cargo por Confiabilidad, adoptado mediante la Resolución CREG 061 de 2007, define qué se considera como incumplimiento grave e insalvable.



Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

una planta o unidad de generación, después de adelantar una actuación administrativa, **no es nada diferente al ejercicio de la función de la CREG de definir las reglas de asignación del beneficio financiero que conlleva el Cargo por Confiabilidad, cumpliendo con su deber legal de valorar que la capacidad de generación de respaldo garantice una oferta energética eficiente.** No solo no difiere, sino que es parte de tal función.

Adicionalmente, debe señalarse que el cargo por confiabilidad es un componente de la tarifa que se cobra al usuario final, conforme a lo establecido por la regulación.

No cabe duda que en este caso la CREG cumple una función típicamente administrativa, consistente en determinar si un agente prestador del servicio público domiciliario de energía eléctrica puede acceder a una remuneración incluida en la tarifa de dicho servicio, con el propósito que los usuarios puedan disponer de la oferta energética suficiente en periodos de hidrología crítica, esto es periodos de sequía.

Se trata de una función típicamente administrativa, inherente a la función de las Comisiones de Regulación de servicios públicos domiciliarios en lo que atañe a la competencia de fijar las tarifas con las cuales se remuneran los prestadores del servicio que son por demás, pagadas por todos los usuarios del servicio.

No existe en alguna parte de la regulación y del actuar de la CREG, el carácter judicial que el recurrente le quiere atribuir al ejercicio de esta función, a menos, claro está, que se crea que los jueces están para definir la remuneración que a través de la tarifa del servicio público domiciliario de energía eléctrica se paga a los prestadores de dicho servicio y para verificar los parámetros con los cuales se calcula la remuneración del Cargo por Confiabilidad.

• **Inexistencia de la supuesta facultad sancionatoria e indebida interpretación del ejercicio regulatorio de esta Comisión.**

Hemos visto que lo establecido en el párrafo del Artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006, modificada por el Artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007, corresponde a una función netamente regulatoria y no sancionatoria, como lo pretende hacer ver el recurso de EPM.

Sobre el asunto si se ejerció una sanción sobre EPM, debemos empezar por aclarar el contenido del denominado derecho administrativo sancionador, sobre el cual la H. Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

*"(...) Derecho administrativo sancionador que constituye una expresión de poder jurídico indispensable para la regulación de la vida en sociedad y así pueda la Administración cometer apropiadamente sus funciones y realizar sus fines. Si bien se activa a partir del desconocimiento de reglas preestablecidas, tiene una cierta finalidad preventiva al proponer un cuadro sancionador como consecuencia del incumplimiento de las prescripciones normativas.*

OK

Upp

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*Por sanción ha de entenderse “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa (...)*

*Potestad de la administración que se traduce normalmente en la facultad de imponer i) sanciones disciplinarias para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas en las que incurren los servidores públicos o aquellas personas que sin tener dicha calidad están habilitadas para ejercer transitoriamente funciones públicas y ii) sanciones correctivas que se aplican a los particulares que infringen las obligaciones y restricciones que se les han impuesto.*

*Dicha potestad igualmente ha sido relacionada con la función de policía “que supone el ejercicio de facultades asignadas al ejecutivo por el legislador, con miras a garantizar el orden público en sus diversas facetas. Así las facultades administrativas relativas, por ejemplo, a la organización del transporte público, la comercialización de alimentos, a la preservación del medio ambiente, al régimen de cambios internacionales, etc., tienen su justificación en la necesidad de mantener las condiciones de salubridad, tranquilidad y seguridad implicadas en la noción de orden público”.*

*Igualmente ha sido vinculada por un sector de la doctrina administrativa tradicional como una expresión del poder de policía “en cuya virtud el Estado tiene la atribución de regular el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público. La sanción viene a ser el instrumento coactivo para hacer cumplir la medida de policía.”<sup>22</sup>*

El ejercicio de lo previsto en el parágrafo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006, modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007, no es un instrumento coactivo, ni hace parte de una medida de policía. Este instrumento hace parte de la función regulatoria de la CREG, que se realiza en el marco de una actuación administrativa cuyo objetivo último consiste en determinar si el sistema eléctrico nacional interconectado, contará o no, con la energía que se había comprometido a entregarle el oferente en la subasta.

En nuestro caso, lo que finalmente se persigue es determinar si EPM cumpliría con lo pactado en la subasta del 2008, esto es poner en funcionamiento la planta de generación Porce IV, con la cual entregaba al sistema la energía asignada mediante Obligación de Energía Firme, por la que recibiría a cambio una remuneración de acuerdo a lo determinado por el Cargo por Confiabilidad.

Lo anterior hace parte de las funciones que se han sido atribuidas a esta Comisión en el marco de las Leyes 142 y 143 de 1994, esto es la facultad de establecer el Reglamento de Operación, el cual incluye los principios, criterios y procedimientos para regular el funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía, teniendo como objetivo fundamental de la Regulación en el sector eléctrico, asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad, continuidad y costo del servicio, y claramente valorar la oferta energética de generación en Colombia.

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-595 de 2010. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

Según el Artículo 74.1, literal c), de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas tiene la facultad legal de establecer el Reglamento de Operación, el cual incluye los principios, criterios y procedimientos para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica.

**Recordemos que lo pretendido por el Cargo por Confiabilidad es remunerar a un agente generador por la disponibilidad de activos de generación con las características y parámetros declarados para el cálculo de la ENFICC (Energía en Firme), que garantiza el cumplimiento de la OEF (Obligación de Energía Firme) que le fue asignada en una Subasta para la Asignación de Obligaciones de Energía Firme o en el mecanismo que haga sus veces.**

Esta energía está asociada a la Capacidad de Generación de Respaldo que trata el Artículo 23 de la Ley 143 de 1994 y es la que puede comprometerse para garantizar a los usuarios la confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica bajo condiciones críticas.

Es muy diferente a una facultad sancionatoria lo establecido en la Resolución CREG 071 de 2006, esta hace referencia a la metodología del cargo por confiabilidad, la cual se expide en razón de las consideraciones constitucionales mencionadas y de las facultades de las Leyes 142 y 143 de 1994, dentro de las cuales encontramos como funciones especiales de la CREG, regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible, buscando asegurar una disponibilidad eficiente en la oferta energética; propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante; buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia; y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios.

Estas consideraciones demuestran que el recurrente desdibuja el ejercicio de una función regulatoria, esto es una **actuación administrativa adelanta según lo determinado por la regulación del Cargo por Confiabilidad, como un proceso administrativo sancionador, lo cual es absolutamente falso, ya que dicha actuación administrativa se realiza en el marco del Cargo por Confiabilidad, lo cual exige que el agente tenga disponible la Planta que respalda la Obligación de Energía Firme** con los parámetros que declaró durante todo el periodo de vigencia de la obligación asignada.

**Conclusión del segundo cargo:** por las razones expuestas el segundo cargo no está llamado a prosperar.

#### 4.2.3 Solución al Tercer Cargo.

El Tercer cargo denominado; *Otra inconformidad*<sup>23</sup>, puede ser resumido en la disconformidad de EPM por la no valoración de la CREG del supuesto evento eximente de responsabilidad en la Resolución CREG 104 de 2011 para el caso de Porce IV, frente al derecho de defensa de EPM de alegar tal situación y el

<sup>23</sup> Denominación dada por el accionante.

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

pronunciamiento previo de la CREG, en el cual no inicio el trámite de una actuación administrativa para declarar un evento eximente de responsabilidad.

Frente a este argumento, es importante precisar que esta Comisión no tienen dentro de sus facultades, el iniciar una actuación administrativa con el objeto de establecer la existencia de un evento eximente de responsabilidad, si esta era la defensa de EPM se debió haber alegado en la actuación administrativa iniciada para verificar el incumplimiento grave e insalvable (Parágrafo del Artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007) en el proyecto Porce IV, situación que no ocurrió, inclusive con el auto del 29 de julio de 2011, en el cual se solicitaba a EPM manifestar si era su intención que las peticiones donde solicitaba el inicio de una actuación administrativa para reconocer un evento eximente de responsabilidad, fueran consideradas en la actuación administrativa iniciada para verificar el incumplimiento grave e insalvable en Porce IV, a dicha petición nunca le fue dada respuesta por parte de EPM.

Dentro de las facultades de esta Entidad, está la expedición de la metodología para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía; más no la de la declaratoria de un evento eximente de responsabilidad (fuerza mayor o de un caso fortuito), tal y como se expuso a EPM en oficio S-2011-000325 del 8 de febrero del 2011<sup>24</sup>. En otras palabras, la actuación administrativa 2011-0049 se adelanta como parte de la metodología establecida para la remuneración del Cargo por Confiabilidad, mientras que la petición de EPM de iniciar una actuación administrativa para determinar un evento eximente de responsabilidad, no corresponde a la labor regulatoria de la CREG, encaminándose únicamente a establecer la responsabilidad o ausencia de la misma, por parte de EPM, en la construcción de Porce IV.

Las solicitudes realizadas por EMP, de "inicio de actuación administrativa para el reconocimiento de un evento eximente de responsabilidad" no se ajustan a las funciones de esta Comisión, ya que mal haría la CREG en iniciar o ejecutar actuaciones administrativas por fuera del marco legal que extralimitan el ejercicio de las facultades de esta Comisión. Esto sería un ejercicio directo de extralimitación de funciones por parte de la CREG, debido a que la solicitud de EPM se remitía a un ejercicio que escapa al ámbito de competencia de esta Comisión, nótese nuevamente lo solicitado:

*"(...) Con fundamento en todo lo anterior y previo el trámite de una actuación administrativa que permita la verificación de los hechos expuestos, respetuosamente se solicita a la Comisión de Regulación de Energía y Gas,*

- 1. Reconocer que la no entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV en la Fecha de Entrada Declarada (1 de diciembre de 2015), obedece a hechos imprevisibles e irresistibles que eximen de responsabilidad a EPM; y consecuentemente,*
- 2. Disponer que XM S.A E.S.P. no debe hacer efectiva la garantía otorgada por EPM para amparar el cumplimiento de la obligación de entrada en operación del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV, la cual fue emitida*

<sup>24</sup> Esta comunicación puede ser consultada en la página 23 de la presente Resolución.

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*por BNP PARIBAS NY, por una cuantía de USD 13.831.830,29 y una vigencia hasta el 8 de abril de 2011 (...)*<sup>25</sup>.

**Una cosa es solicitar el inicio de una actuación administrativa para declarar un evento eximente de responsabilidad, cuya competencia en la CREG surge del imaginario de EPM, para la cual no exista una sola disposición normativa que faculte a esta Comisión para realizar tal actividad, frente a una actuación administrativa que se desarrolla según lo establecido por la regulación y como parte fundamental de la actividad regulatoria de la CREG, en el esquema del Cargo por Confiabilidad.**

No se trata lo anterior de plantear que la defensa de EPM está encaminada a la ineficacia, esto no es cierto, lo que ocurre es que el momento para alegar la existencia de un evento eximente de responsabilidad era dentro de la actuación administrativa 2011-0049, (la cual se inicia en el momento ordenado por la norma, que cuando el informe del auditor cumple los supuestos dados), tan es así que fue la propia Comisión quien le preguntó a EPM, si era de su interés que se consideraran dentro de la actuación las comunicaciones donde se exponía la ocurrencia de dicho evento, frente a lo cual EPM guardó silencio.

En ese orden argumentativo, en la actuación administrativa 2011-0049, EPM ha contado con los medios necesarios para alegar la existencia del supuesto evento eximente de responsabilidad (caso fortuito o fuerza mayor) cuando tal y como lo expone la Resolución CREG 104 de 2011, se solicitó su opinión para considerar o no dicho argumento:

*"(...) En auto del 29 de julio del 2011, la CREG solicitó a EPM manifestar su interés para que las comunicaciones anteriores a esta actuación, referentes al proyecto hidroeléctrico de generación Porce IV (enviadas por la propia EPM), con los radicados CREG E-2010-012362, E-2011-000206 y E-2011-001370, fueran o no consideradas en la actuación administrativa de la referencia, otorgándosele un plazo de 3 días para realizar dicha manifestación.*

*Dicho auto fue notificado mediante estado del 1 de agosto del 2011 y enviada comunicación sobre el asunto, mediante carta con el radicado CREG S-2011-003532 del 29 de julio del presente año.*

*Vencido dicho término, la empresa EPM no manifestó interés alguno sobre la materia, desechando el espacio procesal asignado para su respuesta, guardando silencio sobre la información solicitada (...)"*

Súmese a lo anterior que utilizando el mismo método de notificación, ha EPM le fue trasladado el informe adicional de auditoría de verificación del cronograma de construcción y curva S del proyecto de generación Porce IV, otorgándosele el mismo plazo de tres días, frente a lo cual la empresa dijo:

*"(...) EPM considera que la conclusión del Auditor tiene un claro sustento en lo expresado en los capítulos 6, 7 y 8 del informe, en los cuales se relacionan los datos y análisis técnicos sobre los contratos y el avance de la obra del proyecto.*

<sup>25</sup> Petición de EPM con el Radicado CREG E-2010-012362 del 30 de diciembre del 2011, complementada con la E-2011-000206 del 8 de enero del 2011, E-2011-001370 del 11 de febrero del 2011, E-2011-006348 del 1 de julio del 2011.

CV

UP

Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

*En el capítulo 6, en el que el Auditor especifica el resumen de los contratos de ingeniería y administración, obras de infraestructura vial y explanaciones para campamentos, obras para la construcción de la línea, subestación y campamentos, obras principales y equipos electromecánicos; el análisis es correcto teniendo en cuenta la difícil problemática social y de orden público que atraviesa la zona del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV, la Junta Directiva de EPM, en su sesión del 7 de diciembre de 2010, tomó la decisión de suspenderlo de manera indefinida, teniendo en cuenta múltiples asuntos críticos que hoy hacen inviable su construcción, lo que conlleva la decisión de suspender y (o) terminar estos contratos.*

*Frente a lo tratado en el capítulo 7, EPM está de acuerdo con lo expresado por el Auditor debido a que como consecuencia de la terminación y (o) suspensión de los diferentes contratos por las razones explicadas en el párrafo anterior, se genera la afectación descrita en el estado de avance de los frentes de obra y el cálculo de la curva S analizados en dicho capítulo.*

*Y en lo que respecta al capítulo 8, EPM estima ajustadas a la realidad las premisas asumidas y la conclusión en el tiempo de atraso de la entrada en operación de las unidades de generación, ya que por la suspensión de los contratos, y después de calcular los tiempos requeridos para terminar con las obras, efectivamente se entra en una situación de atraso de más de 576 días, que conlleva a que no sea posible cumplir con la obligación de entrada en operación del proyecto el 1° de diciembre de 2015 (...)"*

Nótese como EPM cumplió diligentemente con el auto que le traslado el informe adicional de auditoría, mientras que para la consideración de las comunicaciones donde solicitaba el evento eximente de responsabilidad (que son anteriores a la actuación y habían tenido respuesta por parte de la CREG) guardo absoluto silencio.

El parágrafo del Artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 (modificado por el Artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007), realiza una referencia semántica clara, al establecer circunstancias de tiempo modo y lugar, para que la CREG inicie la actuación administrativa con el fin de determinar el incumplimiento grave e insalvable, ésta referencia ocurre cuando llega el informe del auditor, ni antes ni después.

Al respecto, la teoría general de las normas nos enseña:

*"(...) puesto que la conducta humana y también sus condiciones y consecuencias tienen lugar en espacio y tiempo, entonces en el contenido de la norma tienen que fijarse el espacio al igual que el tiempo, en los cuales suceden los acontecimientos determinados por la norma (...)"<sup>26</sup>.*

Aplicado lo anterior a nuestro caso, veremos que el acontecimiento determinado por la norma, como incumplimiento grave e insalvable, ocurre cuando el informe del auditor de la planta en construcción, establece que la misma tiene un atraso superior a un año contado a partir de la fecha de inicio

<sup>26</sup> Hans Kelsen. Teoría General de las Normas. Ed Trillas. Pág. 150. México D.F 1994.

cu

Upp



Por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en contra de la Resolución CREG 104 de 2011.

del Periodo de Vigencia de la Obligación, **es en este momento cuando surge la obligación de la CREG de iniciar una actuación administrativa para establecer plenamente la existencia del incumplimiento, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa del afectado.**

Esto no se trata de una labor encaminada a establecer la responsabilidad del agente, se trata del cumplimiento de la función reguladora de la CREG, que en ultimas analiza si el sistema contara con la energía que había sido prometida por el agente en la subasta de plantas GPPS, esto es analizar si existe una oferta energética eficiente capaz de cubrir con la demanda de los usuarios del servicio de energía eléctrica.

**Conclusión del tercer cargo:** por las razones expuestas el tercer cargo no está llamado a prosperar

En Sesión No. 508 del 22 de diciembre de 2011, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, analizó el recurso de reposición interpuesto por la EPM, en contra de la Resolución CREG 104 del 2011.

### RESUELVE:

**Artículo 1.** No acceder a la pretensión de reponer la Resolución CREG 104 del 19 de agosto del 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

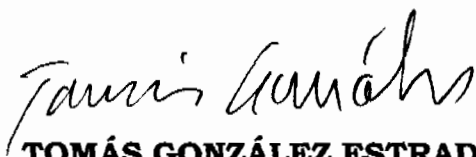
**Artículo 2.** Notificar personalmente al representante legal de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. el contenido de esta Resolución, y hacerle saber que contra el presente acto no procede recurso alguno por agotamiento de la vía gubernativa.

**Artículo 3.** Deberá informarse al ASIC que la Resolución CREG 104 de 2011 ha cobrado firmeza.

### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

22 DIC. 2011

Dada en Bogotá a los



**TOMÁS GONZÁLEZ ESTRADA**  
Viceministro de Minas y Energía  
Delegado del Ministro de Minas y  
Energía  
Presidente



**JAVIER AUGUSTO DÍAZ VELASCO**  
Director Ejecutivo