

5951

2 416

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce
(2012)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Expediente núm. 110010324000 2002 00070 01

Acción: Nulidad.

Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

El ciudadano, LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ actuando en nombre propio, y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación¹, tendiente a obtener declaratoria de nulidad de la Resolución CREG- 034 de 13 de marzo de 2001 y sus Resoluciones modificatorias Nos. 038 de 29 de marzo y 094 de 21 de junio de 2001, así como la Resolución 099 de 21 de junio de 2001, mediante la cual no se accede a la solicitud de revocatoria directa de las

¹ 4 de febrero de 2002

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Resoluciones 034 y 038 de 2001, proferidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG, en su integridad.

Subsidiariamente solicita que en caso de que se determine que no procede la nulidad total de las resoluciones demandadas, se declare la nulidad de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, y 6° de la resolución 034 de 2001; de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° de la resolución 038 y de los artículos 1° y 2° de la resolución 094 de 2001, así como de la resolución 099 de 2001, esta última en cuanto negó la revocatoria directa de los artículos citados de las Resoluciones 034 y 038 de 2001.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.-El demandante considera quebrantados los artículos 6°, 29, 58, 83, 121, 333 Y 334 de la Constitución Política; 1604, 2341 del Código Civil; 36 del Código Contencioso Administrativo; 52 del Código de Régimen Político y Municipal; Ley 142 de 1994 artículos 3° penúltimo inciso, 10°, 73 numeral 73.2, 74 numeral 74.1 literal a), 87, numerales 87.1, 87.4, 87.7, 87.8, y 106 a 114, Ley 143 de

413

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

1994 artículos 3°, literales a y b, 4°, 6° incisos 2, 3, 4, 5 y 6, 7°, 20, 23, literal i); 26, 31, 42 y 44 inciso 3°, Ley 489 de 1998 artículo 119.

2.-El concepto de la violación fue expuesto por el accionante en los siguientes términos:

Previo al concepto de la violación el demandante presenta una descripción del funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía y luego desagrega los cargos así.

2.1. Violación de los artículos 29 de la Constitución Política y 23 literal i) de la Ley 143 de 1994.

El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece que procederá la declaratoria de nulidad de los actos administrativos "... no solo cuando (...) infrinjan las normas en deberán fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos (...) en forma irregular, lo cual equivale a la causal de nulidad que la doctrina conoce como vicios de procedimiento.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Entre los procedimientos a los cuales la ley somete la expedición de actos administrativos se encuentran a veces los llamados "*procedimientos consultivos*", entre ellos las "*consultas obligatorias no imperativas*", que son aquellas que una autoridad debe solicitar necesariamente a otra antes de tomar una decisión, por mandato de la ley, aunque sin estar obligada a respetar el contenido del concepto correspondiente. En estos casos, como la existencia previa del concepto es obligatoria, si la decisión se toma sin que dicho concepto se haya producido, aquella será ilegal por vicio de procedimiento.

En el caso de las resoluciones demandadas, en tanto son parte del Reglamento de Operaciones, de acuerdo con el artículo 23 literal i), de la Ley 143 de 1994, su expedición requería previamente el concepto del Consejo Nacional de Operación, por constituir ellas parte del Reglamento de Operación.

La CREG, en la Resolución 099 de 2001, mediante la cual dio respuesta a las solicitudes de revocatoria directa presentadas contra las Resoluciones 034 y 038 de 2001, sostiene en su considerando 2.8, que la obligación de

44

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

escuchar al Consejo Nacional de Operación -CON- para establecer el reglamento de operación solo es necesario en los que tiene que ver con el planteamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y no en lo que atañe al funcionamiento del mercado mayorista de energía.

Tal argumento no tiene asidero jurídico, pues el requisito impuesto por el artículo 23 literal i) de la Ley 143 de 1994, no está sujeto a condición alguna, como lo pretende la CREG.

Para la expedición de la Resoluciones 034, 038 y 094 de 2001 es evidente que no se produjo previamente el concepto o conceptos del Consejo Nacional de Operación, como se demuestra en los certificados que se anexan (prueba A.6).

2.2. Violación de los artículos 333 y 334 de la Constitución Nacional.

Se refiere a los límites de intervención del Estado en la Economía y a la sujeción de la intervención del Estado

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

a la ley, lo cual implica el establecimiento de unos límites dentro de los cuales deben actuar las autoridades interventoras, precisamente creadas para dar una orientación lógica y planificada al ramo de la economía que se pretende intervenir, y para evitar cualquier arbitrariedad en que se pueda incurrir, al limitar justamente esa libertad de empresa que el mismo constituyente erigió como garantía fundamental.

Sobre los límites en materia de intervención, transcribe apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-176 de 1996.

Señala a continuación las disposiciones legales que regulan la intervención del Estado en el sector eléctrico.

Al respecto afirma que el marco normativo general del servicio público de electricidad se encuentra determinado en las leyes 142 y 143 de 1994, teniendo en cuenta que las disposiciones que se adoptan mediante las resoluciones demandadas tienden a afectar la fijación del precio de la energía para los generadores de ésta y los

415

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

supuestos en los cuales se sustenta el mercado de energía mayorista, transcribe los artículos 3°, 10, 73, 74 y 87 de la Ley 142 de 1994 y los artículos 3°, 4°, 6°, 7°, 20, 26, 31, 42, 44 de la Ley 143 de 1994, normas que conforman el marco económico que rige las diferentes actividades que integran el mercado de energía eléctrica, inclusive en lo que tiene que ver con la actividad de generación de electricidad.

Lo anterior, por cuanto si bien dichas normas tratan de manera general los criterios que deben ser tenidos en cuenta para fijar las tarifas de energía para el usuario final, éstas se van determinando por los precios de su generación y la manera de calcularlos, razón por la cual tales criterios sean aplicados a los precios de la generación de energía, pues influyen directamente en el valor de las tarifas.

De otra parte, las decisiones discrecionales están sometidas a lo previsto en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo², norma de la cual se extraen

² ARTÍCULO 36.-Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

dos parámetros concretos que deben tener en cuenta las autoridades al momento de adoptar determinaciones discrecionales, como las de intervención en la economía, a saber: (i) La adecuación de la decisión a los fines buscados por la norma que autoriza tal decisión y (ii) La proporcionalidad de la decisión a los hechos que le sirven de causa.

Establecido el marco anterior, se ve por qué se acusa a la CREG de incluir en los actos administrativos demandados motivaciones que lo vician de nulidad, que se concretan en los puntos de falsa motivación, de una parte y, de otra, en falta de adecuación de los motivos frente a los fines buscados por las previsiones dispuestas en esta norma no se cumplen en la motivación contenida en la Resolución 034 de 2001.

2.3. Falsa Motivación.

2.3.1. El artículo 3 de la Ley 142 de 1994 establece:

discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

416

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

(...)

Todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta Ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobables.

(...)

Por su parte se dice en la Resolución 034 de 2001:

"Que el valor de la generación forzada, en un mercado estacional como el colombiano, se espera que en condiciones normales sea mayor durante el invierno y menor durante el verano; sin embargo, durante la estación actual de verano el valor de tal generación, principalmente en los meses de febrero y marzo de 2001, ha alcanzado máximos históricos."

En cuanto a este considerando señala el demandante que, los costos de las restricciones del sistema que se han presentado obedecen a las condiciones particulares de fragmentación, e incrementan los costos que se presentarán en una operación normal, pero tal circunstancia, se insiste, no es atribuible a los generadores, ni éstos deben asumir el costo de las restricciones como producto de hecho ajenos a su

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

comportamiento dentro del mercado. Las circunstancias así planteadas, bajo ningún aspecto otorgan facultad legal a la CREG para interpretarlas y evaluarlas según su subjetivo y erróneo criterio, para definir con base en las mismas, medidas de intervención del mercado aduciendo el comportamiento de éste, máxime que tales circunstancias no dependen de ninguno de los agentes del mercado.

2.3.2. De otro lado, se afirma en la Resolución 034 que:

"...dada la diferencia existente entre la oferta y la demanda del sistema, en un mercado bajo condiciones de competencia perfecta, se deberían obtener precios máximos ofertados inferiores."

Nuevamente el presupuesto del que parte aquí la CREG es falso. En primer término, en ningún mercado real se puede asegurar que exista competencia perfecta aún cuando la red de transmisión se encuentre en normal estado de funcionamiento. En las condiciones actuales de fragmentación del sistema, como la misma CREG lo afirma en sus considerandos, se presenta una desoptimización del sistema al no poder utilizar eficientemente los recursos de generación, debido, entre otras razones, a los daños

119

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

causados en la red como producto de atentados terroristas.

De otra parte, los precios de oferta de los generadores dependen de su estructura de costos, la disponibilidad de aportes de aguas en los embalses, la utilización intensiva o no de los recursos hídricos, la continuidad o discontinuidad de su despacho en generadores térmicos, entre otros factores, por lo que la simple suposición de que la diferencia entre oferta y demanda implica una reducción de los precios de oferta no es cierta. Adicionalmente, debe tomarse en consideración que la aplicación de las resoluciones 062 y 063 de 2000, introdujeron medidas que llevaron al incremento de los precios en las ofertas, toda vez que modifican las liquidaciones de las restricciones y las generaciones de seguridad, respectivamente.

Ante tales circunstancias, es improcedente comparar los precios que se obtendrían en un mercado de competencia perfecta (que son las condiciones de fijación del precio), para oponerlos a una realidad muy distinta a la del "mercado ideal" (ordenamiento ascendente de las

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

plantas con el criterio de precios de oferta, hasta cubrir la totalidad de la demanda), y pretender con ello justificar una intervención en el mercado, máxime si las condiciones reales del mismo no son normales.

2.3.3. También se afirma en la Resolución 034:

"Que se ha considerado que al eliminar el riesgo de los agentes en términos de cobertura de costos, se elimina explícitamente la necesidad de incorporar la variable de percepción de riesgo en las ofertas de precio;"

Esta consideración consiste en una apreciación subjetiva de la CREG, que no se encuentra fundada en un hecho que se esté presentando, ni tampoco se constituye como un motivo que sustente la resolución, sino, más bien, en una determinación que bien podría estar contenida en la parte resolutive del acto que se discute, por una determinación a priori del manejo del mercado.

La eliminación de tal variable, únicamente sería susceptible de hacerse si se reconocieran no sólo la totalidad de los costos de operación de la planta en cualquier escenario de generación y de mercadeo, sino también la rentabilidad equivalente a un negocio de

118

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

riesgo compartido como lo establece el principio de suficiencia financiera, y no sólo cuando se reconocen los costos variables que la CREG considera eficientes. La CREG considera únicamente el cubrimiento de costos en condiciones ideales de generación (a plena carga, con la utilización de un solo combustible determinado y condiciones ideales de operación del sistema) para determinados tipos tecnológicos que no necesariamente corresponden a las tecnologías existentes en el país y sin considerar el costo de oportunidad de los recursos hidráulicos acorde con la evolución climática esperada y las reservas del sistema para afrontar estas futuras condiciones.

2.3.4. La argumentación contenida en la Resolución 034 de 2001, tiene como denominador común el hecho de que confluye hacia la determinación de un supuesto abuso de la posición dominante, irregularidad ésta que no ha sido demostrada para ninguno de los generadores, ni existen elementos en el mercado que permitan inferir que ella pueda ocurrir, por lo cual la intervención que hace la CREG en el mercado, con el fin de evitar o erradicar un presunto abuso de posición dominante inexistente o del

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

cual no existen elementos para determinar su presencia, carece de fundamento alguno.

Si al ejercer una facultad discrecional, el contenido de la decisión debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, no le basta a la CREG simplemente citar las disposiciones que le permiten intervenir cuando se presenta un abuso de la posición dominante, sino que ha debido sustentar debidamente si existe tal abuso o, si se trata de prevenirlo, establecer las circunstancias por las cuales se puede llegar a presentar. En el primer caso, esto es, si ya existe una situación tal, debió fundarse en las pruebas que determinaron cuáles eran los generadores que se encontraban abusando de la posición dominante (valga la pena anotar que desde octubre de 2000, la SSP inició una indagación preliminar para determinar posibles abusos de posición dominante y a la fecha no ha logrado establecer que esta situación se hubiese presentado) y, en el segundo caso, es decir, si se trata de prevenirlo, debió manifestarse por la CREG cuáles fueron los estudios y parámetros que le permitieron considerar que se debía intervenir en el mercado para evitar dicho abuso.

419

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Concluye, señalando que como se observa de las consideraciones anteriores, los motivos que se discuten, y que hacen parte de la Resolución CREG 034, no son comprobables desde ningún punto de vista, como lo exige el inciso segundo del artículo 3° de la Ley 142 de 1994, pues en algunos casos no están sustentados en hechos ciertos, conocidos comprobados, como por ejemplo, en los que tiene que ver con atribuir a los generadores la causa de los comportamientos del mercado para modificar la forma de calcular los precios; o, en otros eventos, interpretando mal los comportamientos de precios en el mercado para justificar las medidas, según se demostrará probatoriamente, y ello es conocido por la CREG, siendo que tales comportamientos son propios del mercado, originados por las mismas medidas regulatorias expedidas por la CREG, como es el caso de las Resoluciones 062 y 063 de 2000, sobre las cuales se hizo mención anteriormente.

2.4. Falta de adecuación de los motivos frente a los fines buscados por la ley y falta de proporcionalidad de

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

las decisiones frente a los hechos que les sirven de causa.

El cargo se concreta en la circunstancia de que la CREG esté utilizando indebidamente las disposiciones que la facultan para intervenir en el mercado de energía eléctrica, o, lo que es lo mismo, utilizando inadecuadamente las normas habilitantes de su competencia como se explica:

Conforme a las disposiciones constitucionales y legales los fines buscados por el legislador en materia de regulación del sector eléctrico son, entre otros: (i) garantizar la prestación eficiente del servicio de energía eléctrica (art. 365 C.N y 4° Ley 143/94); (ii) Ampliación permanente de la cobertura del servicio de energía eléctrica (art 365 C.N.) ; (iii) Garantizar el desarrollo de la iniciativa privada y la libertad de empresa, dentro de un marco del respeto del bien común y de la viabilidad financiera de las empresas que están dedicadas a esta actividad (arts. 333 C.N., 10° Ley 142/94; 3° lit. a, 4°, 7° y 42 L. 143/94). (iv) Prelación de un criterio de suficiencia financiera, cuando entre en

400

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

conflicto con el criterio de eficiencia económica, que garantice la prestación y continuidad del servicio (art. 87.7 L. 142/94 y art. 44 inciso 3° L. 143/94).

Al momento de ejercer la facultad, la autoridad interventora debe tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) Se deben tener en cuenta los costos en que incurren las empresas para generar la energía, la recuperación de la inversión y la rentabilidad de la actividad; (ii) Se debe realizar control sobre la eficiencia administrativa de las entidades intervenidas; (iii) Se debe lograr un resultado satisfactorio para la entidad intervenida que presta el servicio y para el usuario que se beneficia del mismo.

Desde estos fines y parámetros se analiza los considerandos esenciales contenidos en la parte motiva de la Resolución CREG 034 de 2001, con la finalidad de determinar cómo no son adecuados a los fines previstos en la Constitución Política y en la ley y, en consecuencia, las decisiones adoptadas en esta resolución, en sus modificatorias y en la resolución que se niega a revocar

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

las decisiones ilegales, deben ser anuladas por violación de tales preceptos.

2.4.1. Se dice en la Resolución 034, que:

"(...) la situación de orden público (...) especialmente la ocurrida a partir del mes de enero de 2001 ha provocado el fraccionamiento del Sistema Interconectado Nacional y por ende del mercado eléctrico colombiano, poniendo el Sistema en riesgo de racionamiento y el Mercado en condiciones de ser controlado por unos pocos agentes dada la concentración de oferta provocada por dicho fraccionamiento;

Que mediante la Resolución CREG-026 de 2001, la Comisión de regulación de Energía y Gas, estableció normas sobre el funcionamiento del Mercado Mayorista, con el fin de regular aspectos relacionados con la prestación diaria de "oferta de precios" y "Declaración de disponibilidad", teniendo en cuenta la situación del Mercado;

421

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Que analizada la evolución del Mercado a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG- 026 de 2001, se encuentra que si bien la volatilidad de los precios ha disminuido, no se ha logrado mejorar otras distorsiones del Mercado;

Que analizado el comportamiento de los precios en el Mercado Mayorista se encuentra que en lo que va ocurrido del presente año, el Costo Marginal ha sido puesto, el 78% de las veces, por unos pocos agentes;

Las anteriores consideraciones, obedecen a una tergiversación de los hechos que carecen del alcance que la CREG les ha dado, por las siguientes razones:

Si bien puede ser cierto que durante el período mencionado por la CREG en su considerando, el costo marginal ha sido puesto el 78% de las veces por unos pocos agentes, ello se debe, entre otras, a dos circunstancias:

a)) A que en las condiciones normales de operación, existen agentes que detentan una posición dominante en el

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

mercado colombiano, por lo que no es cierto, como pretende hacerlo ver la CREG, que esta sea una situación extraordinaria, sino que obedece a las condiciones regulares del mercado nacional, según se extrae de los estudios realizados por: (i) el doctor Ennio Stacchetti, Universidad de Michigan, presentado en el seminario internacional de modelos de planeación y mercados para el sistema eléctrico colombiano, Bogotá, mayo 13 y 14 de 1999, que evidencia que existe poder de mercado; (ii) el trabajo de investigación adelantado por los doctores Alfredo García y Luis Arbeláez, miembros de la CREG y que se resume en su artículo " Análisis sobre Posible Poder de Mercado en la Bolsa de Energía Colombiana", presentado en la IV conferencia Internacional en análisis energético, Medellín, Agosto 19 y 20, en el que se señala la existencia del mismo; (iii) el estudio denominado " Posición Dominante en la Actividad de Generación de Energía Eléctrica en Colombia", realizado por la firma Hagler Bailly de la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica- ALCOGEN, para analizar la existencia del poder de mercado en Colombia.

422

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Conforme a lo anterior, si bien en el mercado colombiano, puede existir una posición dominante, ello no es únicamente producto de un fraccionamiento del mercado, y ello sólo implicará una marcación del precio por los pocos agentes que tienen la energía disponible y la pueden distribuir, pero de ninguna manera constituye un abuso de la posición dominante, o la manipulación de los precios de la energía. (ver prueba 39, en condiciones normales de operación del mercado, existe la posibilidad de que la marcación del precio se fije por unos pocos agentes, sin que ello, constituya abuso de la posición dominante, sino simplemente la circunstancia lógica de las condiciones reales del mercado y de todos los factores fácticos que lo determinan, por lo que constituye un sofisma de distracción fundar una medida de intervención basándose para ello en circunstancias lógicas del mercado tanto en su libre ejercicio como cuanto éste se encuentra intervenido.

En el sistema eléctrico colombiano la generación es hidráulica y térmica, y la primera de éstas constituye aproximadamente 70% de la utilizada en el país, pues con ella se cubre la demanda la mayoría de las veces durante

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

veinte horas al día. En este orden, únicamente se requerirá generación térmica durante cuatro horas de máxima demanda, circunstancia que implica que sean los generadores hidráulicos los que impongan el precio, (como se mencionó el precio de la bolsa lo determina el precio de la última planta de generación que cubre la demanda), sin que ello implique manipulación de precios.

b) A que por las circunstancias de alteración del orden público en el país, ocurrió un fraccionamiento del mercado, sin que esto pueda atribuirse como responsabilidad de las empresas generadoras de energía, como para entrar a tomar medidas de intervención.

En consecuencia, la conclusión de la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG en el sentido que, en virtud del fraccionamiento del mercado, éste se encuentre en peligro de ser controlado por unos pocos agentes que fijan el precio la mayor parte de las veces, no puede ser el motivo para la intervención del mercado, pues ello ocurre incluso cuando se interviene el mismo, dado que por condiciones de oferta y demanda, dicha fijación del precio por pocos agentes la mayor parte del tiempo, es

423

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

una circunstancia connatural al mismo mercado de energía eléctrica, según la forma como se presente en Colombia.

La consideración de la CREG de que el mercado está siendo controlado por unos pocos agentes, hace concluir lógicamente, que esta Comisión conocía cuáles eran tales agentes, de manera que si estimaba que estos se encontraban ejerciendo un abuso de la posición dominante, o ad portas de ejercerlo, ha debido tomar medidas de intervención exclusivamente contra estos agentes, y no proceder a intervenir el mercado de manera general, afectando con ello al sistema y al mercado de forma innecesaria.

Por virtud del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, es deber de las Comisiones de Regulación, promover la competencia, para lo cual, poseen, entre otras funciones, la prevista en el numeral 73.2, en el sentido de que pueden someter a su regulación a empresas que aún no siendo de servicios públicos, respecto de ellas existan pruebas de que han realizado o se preparen a realizar, entre otros, un abuso de la posición dominante. Así mismo, y en este mismo sentido, el artículo 74.1, literal

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

a) ibídem, permite a la CREG la posibilidad de adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado, lo cual implica necesariamente, que bien puede la CREG tratar de manera desigual a empresas que, una vez analizada su posición en el mercado, se encuentren ejerciendo abuso de su posición dominante.

Como se indicó en precedencia, entonces, la estimación de la CREG de que unos pocos generadores estaban imponiendo el precio, y la enunciación de la posibilidad de que ello amenazara un abuso de posición dominante, probablemente ameritaba una acción de la CREG, pero esta exclusivamente podía ser de carácter individual para cada uno de esos agentes generadores, y aplicando las disposiciones de los artículos 106 a 114 de la Ley 142 de 1994, que prevén los procedimientos administrativos para la expedición de actos unilaterales.

2.4.2 Se afirma en la Resolución 034, que

"... en la situación actual de fraccionamiento del Sistema Interconectado Nacional y del Mercado Mayorista, el despacho de los recursos se ha vuelto predecible en muchos casos, eliminando así uno de

424

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

los factores determinantes de la competencia del mercado".

La predicción de la operación de algunos recursos, no solo es posible hacerla en condiciones anormales, ni tal predicción es consecuencia únicamente del fraccionamiento de la red.

Esta situación de predecibilidad del despacho de un recurso de generación se ha venido presentando desde el comienzo del funcionamiento del mercado mayorista de energía (julio de 1995), según consta en los documentos de requerimientos de generaciones de seguridad que periódicamente publica el Centro Nacional de Despacho, encargado de la Operación del Sistema Interconectado Nacional (SIN), y los atentados terroristas que se aducen como sustento de las medidas igualmente se han venido registrando históricamente, no obstante lo cual la CREG nunca tomó tales circunstancias como fundamento de una medida de intervención.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994, posición dominante es "...la que tiene una empresa,

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado", la situación descrita por la CREG en su considerando no siempre constituye una posición dominante en el mercado, y mucho menos, un abuso de tal posición.

En consecuencia, entonces, no es procedente alegar esta circunstancia como fundamento de una medida de intervención económica, pues se abusa de la función de intervención, generando situaciones de insuficiencia financiera para los generadores que les impide cumplir adecuadamente con la explotación de su negocio, lo cual implica una vulneración de la libertad de empresa, de la libre iniciativa económica y la Violación del principio de suficiencia financiera, establecido en forma clara en la Ley 142 de 1994.

2.4.3. Se afirma así mismo en la Resolución CREG 034 que:

"... analizado el comportamiento de los precios en el Mercado Mayorista, igualmente se encuentra que en lo que va ocurrido del presente año, en un alto porcentaje, el precio promedio de oferta de varios

425

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

agentes ha sido igual o mayor que el precio de racionamiento, sin estar en condiciones de racionamiento de energía."

El precio de racionamiento es un indicador que busca reflejar la disponibilidad a pagar por parte de los consumidores y en este sentido se utiliza para determinar situaciones de escasez del recurso al compararlo con el precio de la bolsa, siendo impropio que la CREG fundamente una decisión al comparar ahora este indicador con el precio promedio de oferta de varios agentes, para pretender determinar con ello una presunta manipulación de los precios de mercado o un abuso de posición dominante.

Si bien no son comparables las dos variables (precio de oferta de un agente y costo de racionamiento), el incremento en los precios de oferta de algunos agentes se está presentando debido a la distorsión introducida por la Resolución CREG- 062 de 2000, que modificó la metodología de pago de las generaciones de seguridad, con lo cual el generador debía distribuir sus costos, entre ellos, el de arranque, durante una o pocas horas por las cuales se le reconocía su precio de oferta cuando operaba por seguridad, situación que fue advertida a la CREG por

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

parte del CON, mediante comunicación del 30 de noviembre de 2000 (se anexa como prueba), cuando se estaba expidiendo la Resolución 062 de 2000.

Lo anterior implica necesariamente que la CREG está utilizando indebidamente distintos indicadores del mercado de energía, para adoptar medidas de intervención, que no se compadecen con las necesidades del sector y de los usuarios, aduciendo factores inapropiados para justificar medidas de intervención que no se ajustan a las realidades del mercado y que de ninguna manera garantizan la prestación eficiente del servicio de energía eléctrica y, en el corto plazo, necesariamente irán en detrimento de este servicio al ocasionar el retiro de las empresas que hoy apoyan el Sistema Interconectado Nacional con generación de seguridad.

2.4.4. Así mismo, se firma en la Resolución 034:

"Que se debe tener en cuenta, que si bien, existen dificultades operativas para distinguir el desplazamiento en el despacho ideal por generaciones forzadas, del desplazamiento por energía atrapada, es claro que ambas situaciones son diferentes en términos comerciales;"

126

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

La anterior motivación resulta incongruente ya que mezcla conceptos de manera incoherente, pues carece de sentido hablar de cualquier tipo de desplazamiento (por generaciones forzadas o por energía atrapada) de un generador por otro generador en un despacho ideal, toda vez que éste presupone condiciones de normalidad absoluta en el Sistema Interconectado Nacional, donde sólo rigen las ofertas de precios como determinantes de la asignación del orden y mérito de la generación, sin que pueda plantearse allí la hipótesis de un desplazamiento.

Menciona a continuación a favor de sus asertos el editorial del Contralor General de la República en la Revista Economía Colombiana No. 285, de agosto de 2001, denominado "Muy cerca de Apagón", cuya copia adjunta como prueba.

2.4.5. Frente a los considerandos anteriormente analizados, y las medidas adoptadas en las respectivas partes resolutivas de cada una de la resoluciones demandadas, la CREG no tomó en cuenta correctamente los costos de las empresas que se ven afectadas por la medida de intervención, incurriendo en una clara desproporción y

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

violando flagrantemente el artículo 36 del C.C.A., la Constitución Política y las normas legales que lo facultaban par intervenir, pues hace las medidas irrazonables, con claros resultados indeseados para quienes prestan el servicio y para el sector en general.

En efecto, mediante las determinaciones adoptadas en la Resolución CREG 034, las cuales no fueron subsanadas en las resoluciones 038 y 094 de 2001, y por ello igualmente se demandan, la CREG limitó la posibilidad de recuperar todos los costos en que se incurre en la generación de energía para cubrir los requerimientos de seguridad del Sistema Interconectado nacional (SIN), pues al fijar los conceptos o topes máximos que se deben tener en cuenta para establecer los precios, no tuvo en cuenta todos los elementos que influyen en los costos de generación de la energía.

Resulta desproporcionado, que so pretexto de conjurar las distorsiones del mercado, la CREG fije un tope máximo de retribución de costos de manera caprichosa, que no responde a las reales condiciones sobre el valor de la generación de energía, mostrando un aparente beneficio en

029

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

la eficiencia económica del mercado, que es engañoso, si se tiene en cuenta que tal mejoría se esta haciendo en detrimento y con cargo a los generadores, circunstancia que en el mediano y largo plazo colapsará la actividad de generación, por insuficiencia financiera de las empresas, afectando la prestación del servicio, como lo advierte el Contralor General de la república en el editorial arriba mencionado.

2.4.6. Se afirma por la CREG que la Resolución No. 099 de 2001, considerando No. 2.2.3., que las empresas que generan por fuera del mérito para atender la seguridad del sistema interconectado pueden recuperar la totalidad de sus costos mediante otros mecanismos del mercado, como son el mercado de corto plazo, los contratos de largo plazo y el cargo por capacidad. Tal afirmación no es real, por las siguientes razones:

2.4.6.1. En lo que tiene que ver con el mercado de corto plazo, porque tal y como lo define la misma CREG en su Resolución 099 de 2001, la recuperación de costos fijos corresponde al diferencial dl precio de bolsa y el precio

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

de oferta de los generadores "que resultan despachados en mérito."

2.4.6.2. En cuanto a la recuperación de los costos mediante los contratos a largo plazo, sostiene la CREG que en el mercado de estos contratos la característica fundamental es la libertad de precios, que se determinan de común acuerdo por las partes, o como resultado de una convocatoria pública, las cuales deben reflejar la estructuras de costos del generador.

Con este argumento la CREG, pretende mezclar dos actividades que en la ley están perfectamente diferenciadas, como son la generación y la comercialización, consistiendo esta última en la compra y venta de energía, para lo cual no se requiere contar con generación propia. Cuando una empresa celebra contratos de largo plazo, simplemente se compromete a que el usuario recibirá energía del Sistema Interconectado Nacional sin importar de donde provenga.

Es más cuando el comercializador cuenta con una planta de generación propia, tampoco está obligado a cumplir un

427

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

contrato a largo plazo con la energía proveniente de su generadora, sino que bien puede comprarla en el mercado de corto plazo.

Esta hipótesis de recuperación de los costos que la CREG propone mediante los contrato a largo plazo, no es correcta y, por el contrario, puede introducir una grave distorsión de la ley, pues propone el traslado de rentas de la actividad de comercialización a la de generación.

2.4.6.3. Finalmente en cuanto a la recuperación de los costos a través del cargo por capacidad, debe manifestarse que este es quizá el único mecanismo que permite a un generador recuperar una parte de sus costos fijos, pero, en primer término, a este cargo no tienen derecho todos los generadores, pues puede darse el caso de que uno o varios no salgan remunerados con ningún monto por este concepto y, en segundo término, aún accediendo un generador a tal cargo por capacidad, este nunca le recupera la totalidad de sus costos. El valor del cargo por capacidad está definido en función del valor de la inversión de una tecnología de gas ciclo simple, que resulta la inversión más económica del

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

mercado, y se distribuye en función de la eficiente relativa de todas las plantas existentes en el sistema eléctrico, con lo cual es realmente menor que el de las plantas existentes, y como en el razonamiento en cuestión estamos hablando de plantas fuera de mérito, su eficiencia es menor que las que son asignadas en mérito, considerándolas a recibir un menor valor relativo que éstas, el cual no remunera sus costos.

Por último, si se tiene en cuenta que dentro del contexto de la resolución 034 de 2001, con el fin de cubrir las generaciones de seguridad, las empresas son obligadas a generar, pues de lo contrario serán responsables por los perjuicios que se causen por el racionamiento (art. 4° res, 034/01), el hecho de que no se les remuneren sus costos constituye una clara obligación de generar a pérdidas, lo cual obviamente es una medida desproporcionada, atentatoria del principio de suficiencia financiera.

2.5. En cuanto a la solicitud de nulidad del artículo 4° de la Resolución 034 de 2001, del artículo 6° de la resolución 038 del mismo año y de la Resolución 099 de

49

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

2001, esta última en cuanto se negó a revocar los artículos citados de las resoluciones anteriores, por falta de competencia y violación de los artículos 6°, 29 y 121 de la Constitución Nacional; y 1604 y 2341 del Código Civil.

Señala el actor que la consagración de responsabilidad que se hace en los actos acusados viola flagrantemente las normas constitucionales y legales citadas, ya que se desconocen los principios básicos contenidos en esas disposiciones, al consagrar, de manera irregular, un régimen especial de responsabilidad.

Un régimen de responsabilidad debe ser fijado por el legislador, y mal podría la CREG arrogarse tal facultad para hacerlo mediante acto administrativo, pues una competencia tal no le ha sido asignada, ni podría serlo, por parte de ninguna disposición de rango legal.

Tampoco es procedente que se establezca en actos administrativos un régimen de responsabilidad abierto e impreciso, consignado la obligatoriedad de indemnización por perjuicios derivados de un racionamiento, cuando el

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

generador "... no haya podido justificar debidamente su oferta ante las autoridades competentes...", o cuando las autoridades competentes determinan que su indisponibilidad no es justificada...", pues aquí no se determina a qué autoridades competentes se refieren las disposiciones. La vigencia de las normas cuestionadas implicaría la desafortunada consecuencia de que bastaría un pronunciamiento de autoridad administrativa, en cabeza de la CREG o de la Superintendencia de Servicios Públicos, para que opere en cabeza del generador encontrado responsable administrativamente, la obligación de indemnizar perjuicios, pretermitiéndose, entonces, a la autoridad judicial sobre el tema, circunstancia que vulnera de plano las garantías constitucionales del debido proceso, el principio de contradicción y el derecho de defensa.

2.6. Nulidad de los artículos 5° y 6° de la resolución 034 de 2001 y de la resolución 099 de 2001, esta última en cuanto se negó revocar los citados artículos por violación del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con el artículo 52 del Código de Régimen

430

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Político y Municipal y con los artículos 58 y 83 de la Constitución Política- Irretroactividad de la ley.

Transcribe los artículos acusados y las normas que considera violadas y señala que los artículos demandados, que forman parte de la Resolución 034 de 2001, y cuya entrada en vigencia fue el 15 de marzo de 2001, por publicación que se hiciera en el Diario Oficial No. 44.357 de 2001, se adoptan nuevas medidas de facturación y liquidación, para los meses de febrero y marzo para los comercializadores que tengan que pagar restricciones (artículo 5°) y para liquidar y pagar las reconciliaciones a los generadores (artículo 6°), introduciéndoles ajustes.

Tomando en cuenta que mediante una resolución de vigencia a partir del 15 de marzo, se adoptan medidas sobre el pago de las restricciones y de las reconciliaciones de los meses de febrero y marzo de 2001, necesariamente implica la adopción de medidas con efectos retroactivos, dado que tanto las restricciones y las reconciliaciones del mes de febrero, así como las de los quince primeros días de marzo de 2001, no sólo ya se habían causado al

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

momento de la entrada en vigencia de las normas acusadas, sino que, adicionalmente, este cambio repercute en el monto de valor que los comercializadores deben pagar por las restricciones de tales meses, y en el cálculo de las reconciliaciones de las generadoras.

Conforme a lo anterior, las disposiciones acusadas son ilegales por violar el principio de irretroactividad de la ley (entendida ésta en sentido amplio), según ha sido estudiado en el campo del derecho público, y que dentro de las nociones del derecho privado se discute bajo el ámbito de los derechos adquiridos.

II-TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

2.1.-CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

431

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

La Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG defendió la legalidad de la Resolución CREG 034 de 2001 demandada en los términos que se resumen a continuación:

1. En el capítulo "Introducción" de la demanda a manera de conclusión, se duele el actor de que la Resolución CREG 034 de 2001 "fija topes a los costos de las restricciones, modificando el valor del precio de reconciliación positiva", y de que obliga a las generadoras de energía a "generar por debajo de sus costos reales". Se demostrará que esta apreciación no es exacta, bien porque algunas generadoras de energía están operando con alto grado de ineficiencia, cuyos costos no tienen por qué ser absorbidos por el mercado, o porque la presentación de oferta de precios de dichas generadoras obedece eventualmente a maniobras especulativas que buscan tomar provecho de posiciones dominantes de mercado o de vacíos en la regulación del mercado, que precisamente buscan ser remediados con Resolución CREG-034 de 2001 contra la cual apunta la demanda.

2. Frente a los cargos del actor, el demandante manifestó lo siguiente:

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

2.1. Expedición Irregular o vicio de procedimiento:

De conformidad con lo definido en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, el Reglamento de Operación es un conjunto de varios documentos organizados conforme a los temas propios del funcionamiento del Sistema Interconectado Nacional, que comprende normas relativas a dos materias, que es necesario distinguir:

- El Planteamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional;
y
- El funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía.

Es importante precisar que la Ley 142 de 1994, en su artículo 74.1, literal c), atribuyó a la CREG la facultad de establecer el Reglamento de Operación para regular los dos aspectos arriba señalados, no estableció como requisito para tal fin, oír el concepto del Consejo Nacional de Operación.

432

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

En la Ley 143 de 1994, literal i) del artículo 23, donde aparece la obligación de oír el concepto del Consejo Nacional de Operación, pero únicamente en relación con la regulación de los aspectos relativos al planteamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional.

La Resolución Creg-034 de 2001, "Por la cual se dictan normas sobre funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía", no trata del planteamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional sino que versa única y exclusivamente sobre el funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía, es claro que, por la materia de que trata, el trámite de expedición de dicha resolución no estaba sujeto al concepto previo establecido en el literal i) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994.

Dado que la ley no exige concepto previo del Consejo Nacional de Operación como requisito obligatorio para expedir las normas del reglamento de Operación relativas al funcionamiento del Mercado Mayorista, la Comisión de Regulación de Energía y Gas no estaba obligada a

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

solicitar dicho concepto para efectos de la expedición de la Resolución CREG-034 de 2001, la cual, se reitera, tanto formal como materialmente regula aspectos comerciales del funcionamiento de dicho mercado.

2.2. Vicios de ilegalidad en cuanto a la motivación:

Las decisiones adoptadas en la Resolución CREG-034 de 2001 son adecuadas a los fines que las leyes 142 y 143 de 1994 atribuyen a la facultad de intervenir en los servicios mediante la regulación por parte de la CREG y que, además, son proporcionales a los hechos invocados para la adopción de las mismas.

A. Adecuación del acto a los fines de la norma que lo autoriza:

El artículo 334 de la Constitución Nacional previó la intervención del Estado, por mandato de la ley, en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución

433

REF: Expediente núm.110010324000 2001 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

En cuanto a los fines específicos que deben orientar la actividad regulatoria que ejerce la Comisión de Regulación de Energía y Gas, las Leyes 142 y 143 de 1994 y la jurisprudencia han precisado dichos fines y la Resolución CREG-034 de 2001, endereza todo su propósito a los fines previstos en la legislación para racionalizar la economía, garantizar la prestación eficiente del servicio, impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado, "corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa" y "preservar la sana y transparente competencia" (según precisas y afortunadas expresiones de la Corte Constitucional), garantizar a la comunidad el suministro de electricidad bajo criterios económicos y de viabilidad ⁰³ financiera, hacer efectivo el principio de eficiencia, el cual "obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico."

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

B. Proporcionalidad del acto a los hechos que le sirven
de causa

Para el logro de los anteriores fines u objetivos, la CREG, mediante la Resolución CREG-034 de 2001, adoptó una serie de medidas que son consonantes con los propósitos del acto, y que son adecuados y proporcionales a la naturaleza y magnitud de los hechos que dieron origen a la decisión. Para ello aplicó medidas que están autorizadas por la ley, y que han sido previstas precisamente para conjurar los fenómenos a que se ha hecho referencia. Surge de aquí un criterio de adecuación de la medida con los hechos que han dado origen a la decisión, y de consonancia de la medida con los fines de la decisión adoptada por el acto acusado.

En ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 73 y 74.1 73.11 y 88 de la Ley 142 de 1994 y artículo 23 literal a) de la Ley 143 de 1994, en concordancia con las demás facultades legales, la CREG puede adoptar las decisiones que sean necesarias para impedir abusos de posición dominante, al igual que definir cuando existen condiciones de competencia para

134

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

efectos de determinar la libertad de precios, y fijar topes máximos tarifarios de obligatorio cumplimiento para las empresas.

La afirmación en el sentido de la Resolución CREG-034 de 2001 de que " El valor de la generación forzada, en un mercado estacional como el colombiano se espera que en condiciones normales sea mayor durante el invierno y menor durante el verano; sin embargo, durante la estación actual de verano el valor de tal generación, principalmente en los meses de febrero y marzo de 2001, ha alcanzado máximos históricos". Precisamente lo que indica es que las medidas adoptadas mediante dicha Resolución buscan normalizar la operación del mercado de energía, distorsionada por condiciones de fraccionamiento de la red de transporte.

Aduce también el demandante una supuesta falsedad en los presupuestos de la Resolución CREG_034 de 2001 relativos a la exorbitancia de los precios que se están ofertando por las generadoras en las condiciones actuales del mercado energético. Por el contrario, es cierto, veraz, serio y además un hecho público notorio que no requiere

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

prueba, el que se han producido atentados terroristas contra la infraestructura eléctrica del país, los cuales han dejado como saldo un gran número de torres de los Sistemas de Transmisión Nacional y de Transmisión Regional fuera de servicio.

Igualmente cierto, veraz y serio es que dicha situación ha provocado el fraccionamiento del Sistema Interconectado Nacional y, por ende, del mercado eléctrico colombiano, poniendo el Sistema en riesgo de racionamiento y el Mercado en condiciones de ser controlado por unos pocos agentes, dada la concentración de oferta provocada por dicho fraccionamiento. Igualmente cierto es que, con la Resolución CREG-026 de 2001, no se logró mejorar las fallas que venía presentando el Mercado como consecuencia de las situación antes descrita.

Bajo las mencionadas circunstancias, el despacho de los recursos se ha vuelto predecible en muchos casos, eliminando así uno de los factores determinantes de la competencia en el Mercado. Las mencionadas condiciones del Mercado inducen a la desoptimización del sector eléctrico, razón por la cual se podrían estar

435

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

desembalsando recursos que se requieren en términos energéticos, o poniendo en riesgo de vertimiento algunos embalses, que en los meses de febrero y marzo de 2001 alcanzaron máximos históricos.

El demandante cuestiona este último hecho, argumentando que el costo de las restricciones se debió fundamentalmente al incremento de la generación de seguridad fuera de mérito requerido, y que las presentadas en el año 2001 tuvieron un valor inferior a las ocurridas en el año 2000. En el primer caso, aún si se hubieran incrementado las generaciones de seguridad, sería cierto el argumento del demandante si no se hubiera presentado comportamientos oportunistas en los precios ofertados por los agentes. Desconoce el demandante que el costo de las restricciones se incrementó sustancialmente por efectos del incremento de los generadores que estaban reconciliando positivamente y por la disminución de los precios de oferta de los generadores que estaban ofertando negativamente. En relación con lo segundo, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en el Mercado Mayorista las transacciones se liquidan y facturan mensualmente, por mes vencido, y que a los usuarios

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

finally dichos costos se les trasladan con un rezago de por lo menos dos meses, razón por la cual, en muchos casos, solamente con dos o tres meses de posterioridad de haberse realizado las transacciones en el Mercado es posible conocer los verdaderos efectos de las restricciones.

En cuanto al considerando de la resolución CREG-034 de 2001, relacionado con la diferencia entre la oferta y la demanda máxima, el demandante lo cuestiona, porque considera que "en ningún mercado real se puede asegurar que exista competencia perfecta aún cuando la red de transmisión se encuentre en normal estado", sin embargo, desconoce el demandante que según las reglas de funcionamiento de la Bolsa de Energía contenidas en la resolución CREG-024 de 1995, un supuesto fundamental de dicho Mercado es que la energía se asigna en el Despacho Ideal sin tener en cuenta el estado de la Red, a tal punto que el precio de Bolsa se determina con base en el precio ofertado por la última planta requerida. EN EL DESPACHO IDEAL, y no en el DESPACHO REAL ni EN EL PROGRAMADO, como parece entenderlo equívocamente el demandante. Por esta razón, el estado de la red debe

436

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

resultar indiferente para efectos de la competencia en el DESPACHO IDEAL, lo cual no está sucediendo en la práctica, como se señala en el citado considerando.

Igualmente, el demandante cuestiona las consideraciones de la resolución CREG-034 de 2001, relacionadas con el desplazamiento de la energía atrapada, lo cual considera incongruente e imposible (pag 49); sin embargo, en la página 51 de la demanda, acepta contradictoriamente que dicho tipo de desplazamiento es posible, cuando manifiesta que " Así mismo, al determinar el precio mínimo al cual la generación por mérito desplazada por generación de seguridad (reconciliaciones negativas), ocasiona que los generadores hidráulicos o con generaciones atrapadas compren a precios superiores." Lo cual, además de contradictorio es equívoco, porque no es cierto que éstos generadores compren energía en el Mercado para cubrir contratos, pues según ⁶² las reglas de la Resolución CREG-024 de 1995, estos contratos resultan asignados en el despacho Ideal del respectivo generador.

De otra parte, el demandante se dedica a cuestionar que la CREG no reconoció en la Resolución CREG-034 de 2001,

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

costos fijos con el argumento de que existen otros mecanismos en el Mercado que permitan recuperar dichos costos, pero que sin embargo, no todas las plantas perciben ingresos por tales mecanismos. Desconoce el demandante que en el Mercado Mayorista de electricidad, tal como está previsto en el artículo 85 de la Ley 143 de 1994, el riesgo comercial lo debe asumir cada agente y que por tanto no corresponde a la CREG garantizarlo; y que, en consecuencia, la obtención de tales ingresos obedece a la gestión comercial de cada empresa. La resolución CREG-034 de 2001 no le impide a los agentes generadores obtener otros ingresos por conceptos distintos a los regulados en esta Resolución, como son los provenientes de la participación en la Bolsa de Energía, de los contratos de largo plazo y del Cargo por Capacidad; sólo que, como lo prevé la ley, la obtención de los mimos obedece a la gestión de cada agente.

En este mismo orden de ideas, el demandante cuestiona el hecho de que la CREG haya tenido entre varias razones que dejó explícitas en los considerando de la resolución CREG-034 de 2001, la de que lo que iba corrido del año 2001, sólo unos pocos agentes hubieran puesto el 78% el

439

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

costo marginal del mercado, y señala que esa es una condición normal del mercado; sin embargo, desconoce el demandante que, como lo señaló la CREG en la Resolución CREG- 099 de 2001, solamente DOS AGENTES estaban dentro del porcentaje señalado, situación que no se presenta en los períodos analizados en los estudios referidos por la demandante.

Lo que la CREG hizo fue reconocer la existencia de factores externos que introdujeron fallas en el mercado, a tal punto que existía la posibilidad de que dicho mercado fuera controlado por unos pocos agentes, y en consecuencia adoptó decisiones tendientes a corregir tales externalidades, precisamente con el fin de evitar que, como resultado de dicha situación, se pudieran presentar abusos.

En conclusión, los hechos señalados en las consideraciones de la resolución CREG- 034 de 2001, reflejan distorsiones y señales ineficientes en el Mercado Mayorista, que justifican la adopción de medidas tendientes a corregirlas, ajustando las reglas de la nueva tipología de la red, todo ello en concordancia con

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

las competencias legales de la CREG, y mediante decisiones que obedecen a una finalidad claramente definida, a la cual se orienta el acto mediante decisiones proporcionales a la naturaleza y gravedad de los hechos.

2.3. Falta de Competencia de la CREG

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

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

258

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

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

La Ley 142 de 1994 contiene el mandato para que el Estado intervenga en el servicio público domiciliario de electricidad, y que uno de los mecanismos a través de los cuales se debe realizar dicha intervención es la regulación, la que, en relación con el servicio de electricidad, se encuentra legalmente atribuida a la CREG.

B. Mientras la ley le atribuye a la CREG de manera expresa una facultad que deba cumplir a través de la regulación, puede y debe intervenir en los servicios mediante el ejercicio legítimo de tales funciones, para adoptar decisiones que estén encaminadas a cumplir los objetivos atribuidos por la ley a la intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos.

En relación con la facultad de regulación, como mecanismo permanente de intervención en los servicios públicos se

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

refiere a la Sentencia de la Corte Constitucional C-1162 de 000.

C. No es cierto que se haya producido violación de los artículos 1604 y 2341 del Código Civil y 29 de la Constitución Nacional. Sostiene el actor que la Resolución CREG- 034 de 2001 invadió el ámbito de competencia del legislador, fue quien definió el régimen de responsabilidad del deudor, así como la órbita de la rama judicial.

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

459

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

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

2.4. Irretroactividad de la Ley

De acuerdo con el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, uno es el régimen aplicable a la adquisición del derecho, y otro puede ser el relativo al ejercicio del derecho. En el caso de las reglas de la resolución CREG- 034 de 2001 relacionados con la facturación de las restricciones, es claro que no versa sobre la adquisición, sino sobre el ejercicio del mismo, esto es, sobre la forma como se cobrarán a la demanda las restricciones a que tienen derecho los generadores, aspecto que de conformidad con el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, se rige por la nueva norma. Es de aclarar que las restricciones se facturan mensualmente a los comercializadores, por mes vencido, y de ahí se obtienen los recursos para pagar a

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

los generadores. Lo que hizo la resolución CREG 034 de 2001, fue diferir en el tiempo la facturación de las restricciones no facturadas, precisamente por la magnitud las mismas alcanzaron. A su vez los comercializadores se las trasladan a los usuarios finales en las fórmulas tarifarias, con dos meses de rezago por la forma como se facturan.

III- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo solicita a esta Corporación que no se acceda a las peticiones de la demanda por los argumentos que expone a continuación:

1. De la expedición irregular de los actos administrativos

El accionante señala que las resoluciones demandadas y en especial la Resolución 034 del 13 de marzo de 2001, fue expedida irregularmente, atendiendo que, de acuerdo con el artículo 23, literal i) de la Ley 143 de 1994,

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

requería previamente el concepto del Consejo Nacional de Operación.

Tal como lo establece la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) en la Resolución No. 099 del 21 de junio de 20001, dicho literal i) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, no estableció como requisito para la expedición de disposiciones relativas al funcionamiento del mercado mayorista de energía, el previo concepto del Consejo Nacional de Operación, como sí lo hizo para los temas relacionados con el planteamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional, razón por la que el cargo no está llamado a prosperar.

3. De la falsa motivación de los actos administrativos demandados

3.1 Análisis de los cargos

La Resolución CREG-034 de marzo 13 de 2001, "(...) Por la cual se dictan normas sobre el funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía", expone una serie de considerandos

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

sobre las circunstancias de hecho que dieron lugar a la expedición de los actos administrativos acusados, en particular la Resolución CREG- 034 de marzo 13 de 2001, frente a los cuales el Ministerio Público considera ilustrativas las afirmaciones del testigo, Dra. Carmenza Chaín Álvarez, Directora Ejecutiva de la Comisión de Regulación de Energía y Gas para la época de la expedición de los actos acusados del testigo José David Montoya, funcionario de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, experto en la temática objeto de este proceso.

Las pruebas que obran en el expediente, en especial el documento No.2400.42/020605 (fl. 241), y el documento No. 0850-42-020606-3 enviados por la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. -ISA, así como en el informe aportado por el testigo José David Montoya y el documento CREG 055 de marzo 13 de 2001³ que sirvió de base a la expedición de la resolución 034 de 2001, confirman la motivación de hecho expuesta en los actos administrativos, que obligaron a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) a intervenir en el mercado mayorista de energía eléctrica.

³ Folio 43 Anexo N° 2

441

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Es importante verificar si existiendo los hechos aducidos en la decisión, aquellos fueron calificados en forma correcta o errada desde el punto de vista jurídico. El artículo 334 de la Constitución Política previó la intervención del Estado, por mandato de la ley, en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

La facultad de regulación del servicio público de energía, le corresponde ejercerla, conforme al artículo 68 de la Ley 142 de 1994, los artículos 20 y 21 de la Ley 143 de 1994 y los Decretos 1524 y 2253 de 1994, a la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

De otro lado, la Ley 142 de 1994, le atribuyó a las comisiones de regulación la función de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

posición dominante y produzcan servicios de calidad (artículo 73); y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Las anteriores normas permiten evidenciar que existen múltiples facultades expresas atribuidas por la ley a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, para expedir disposiciones cuyos fines primordiales son los de asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios, lo que fue realizado a través de la expedición de las resoluciones demandadas, por lo que puede concluirse que no existe la violación de las normas señaladas por el demandante.

3.2. Respecto del artículo 4 de la Resolución CREG-034 de 2001, (modificado por el artículo 6° de la resolución CREG 038 de 2001), el Ministerio Público comparte los argumentos expuestos en la Resolución CREG-099 de junio 21 de 2001, en el entendido que las normas indican que si debido a conductas injustificadas de un generador, se genera un racionamiento, tales perjuicios, como es obvio deben

942

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ser indemnizados, sin que por ello se haya establecido un régimen de responsabilidad, por lo que no se violan los artículos 6, 29 y 121 de la Constitución Política, así como los artículos 1604 y 2341 del Código Civil.

3.3. En lo que se refiere a la violación del principio de irretroactividad de la ley, la Resolución CREG-034 de 2001 establece una modificación en la fecha de vencimiento de los valores a pagar por éste concepto, pero en ningún caso establece que se modificarán los valores que se causaron con ocasión de las restricciones que deben cancelar los comercializadores a los generadores, que es el reclamo formulado por el demandante, por lo cual el cargo no puede prosperar.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Norma demandada

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Comoquiera que las resoluciones demandadas son extensas, la Sala transcribe únicamente la parte resolutive de las mismas:

Resolución No. 034

Marzo 13 de 2001

Por la cual se dictan normas sobre funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

R E S U E L V E:

ARTÍCULO 1o. Precio de Reconciliación Positiva de los Generadores Térmicos. Para efectos de establecer el Precio de Reconciliación Positiva de los Generadores Térmicos, en el contexto de la Resolución CREG-063 de 2000, se tendrán en cuenta los siguientes conceptos:

Costo de Suministro de Combustible (CSC). Es la parte variable del costo de suministro de combustible, expresado en \$/MWh, que es posible sustentar.

En el caso de generación con gas natural, el CSC no podrá superar los Precios Máximos Regulados para el gas natural colocado en Punto de Entrada al Sistema Nacional de Transporte, de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG-023 de 2000. Este límite no aplica para el gas natural proveniente de campos que tengan régimen de precio libre. Para verificar esta condición el ASIC usará el "Consumo Térmico Específico Neto Plantas/Unidades Térmicas (Eficiencia)" declarado por el agente para el

443

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01

Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

cálculo del Cargo por Capacidad vigente.

En el caso de carbón y otros combustibles diferentes al gas natural, el CSC incluye el costo variable de transporte.

Costo de Transporte de Combustible (CTC). Es la parte variable del costo de transporte de combustible, expresado en \$/MWh, que es posible sustentar.

En el caso de generación con gas natural el CTC no podrá superar el Cargo Variable Máximo autorizado a las empresas transportadoras y/o distribuidoras de gas que se encuentre vigente. Para verificar esta condición el ASIC usará el "Consumo Térmico Específico Neto Plantas/Unidades Térmicas (Eficiencia)" declarado por el agente para el cálculo del Cargo por Capacidad vigente y un poder calorífico del gas natural equivalente a 1 MBTU/kpc.

En el caso de carbón y otros combustibles diferentes al gas natural, el CTC se asumirá igual a cero (0 \$/MWh).

Costo de Operación y Mantenimiento (COM). Es la parte variable del costo de operación y mantenimiento, expresado en \$/MWh, fijado en los siguientes valores por tipo de tecnología:

COM (\$/MWh)

\$ de Febrero de 2001

Térmica	a	Gas	5,150
Térmica	a	Carbón	10,559
Térmica	Otros	Combustibles	7,855

El COM se actualizará mensualmente con el último IPC disponible al momento de la liquidación.

Costo de Arranque-Parada (CAP). Es el costo en dólares americanos, reconocido por cada arranque-parada de cada unidad térmica, o planta de ciclo combinado, siempre y cuando dicho arranque se realice para cubrir una Generación de Seguridad. El CAP tendrá los siguientes valores por tipo de

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

tecnología.

CAP					(US\$/MW)
Térmica	a	Gas	Ciclo	Abierto	32.45
Térmica	a	Gas	Ciclo	Stig	43.50
Térmica	a	Gas	Ciclo	Combinado	54.54
Térmica		a		Carbón	120.70

El CAP correspondiente al Ciclo Combinado, únicamente se reconoce cuando se inicia la operación bajo esta modalidad, sobre los MW de la unidad a vapor y la primera unidad a gas. El CAP aplicado sobre unidades a gas adicionales, será el correspondiente a Ciclo Abierto.

El CAP se liquidará diariamente, utilizando la Tasa Representativa del Mercado, reportada por la Superintendencia Bancaria, del último día hábil del mes previo al despacho. Este costo unitario se aplica sobre los MW declarados disponibles que originan el arranque.

Otros Costos Variables (OCV). Corresponden a los siguientes Costos Variables calculados por el ASIC, expresados en \$/MWh:

- ☐ CEE (CERE);
- ☐ FAZNI;
- ☐ Aportes Ley 99 de 1993;
- ☐ Costo Unitario por Servicio de AGC proporcional a la Generación Programada del agente (estimado y luego corregido con asignación real).

El Precio de Reconciliación Positiva de un Generador Térmico será igual a:

$$PR = \text{Min} ([CSC + CTC + COM + OCV] + CAP/GSA; \text{Precio de Oferta})$$

donde:

CAP = Costo de Arranque-Parada reconocido asociado con la Generación de Seguridad fuera de mérito.

GSA = MW's totales de Generación de Seguridad fuera

CNY

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

de mérito durante el día, asociada con dicho Arranque.

Parágrafo 1. Las Inflexibilidades asociadas con Generaciones de Seguridad, se liquidarán a Precio de Reconciliación Positiva.

Parágrafo 2. Todos los generadores térmicos deberán declarar ante el ASIC, cada siete (7) días, un único valor para las variables CSC y CTC (en \$/MWh) por planta o unidad de generación, según el caso. La primera declaración se realizará el día siguiente a la entrada en vigencia de la presente Resolución.

☐ De no existir declaración antes de las 9:30 horas del día correspondiente, el ASIC mantendrá los últimos valores declarados por el agente.

☐ De no existir declaración previa, el ASIC asumirá como valores declarados, cero (0) \$/MWh.

☐ De declararse valores que no cumplan con los límites máximos establecidos, cuando ellos apliquen, el ASIC asumirá como valores declarados los límites correspondientes.

Parágrafo 3. El presente Artículo no aplica para las Importaciones efectuadas a través de Interconexiones Internacionales.

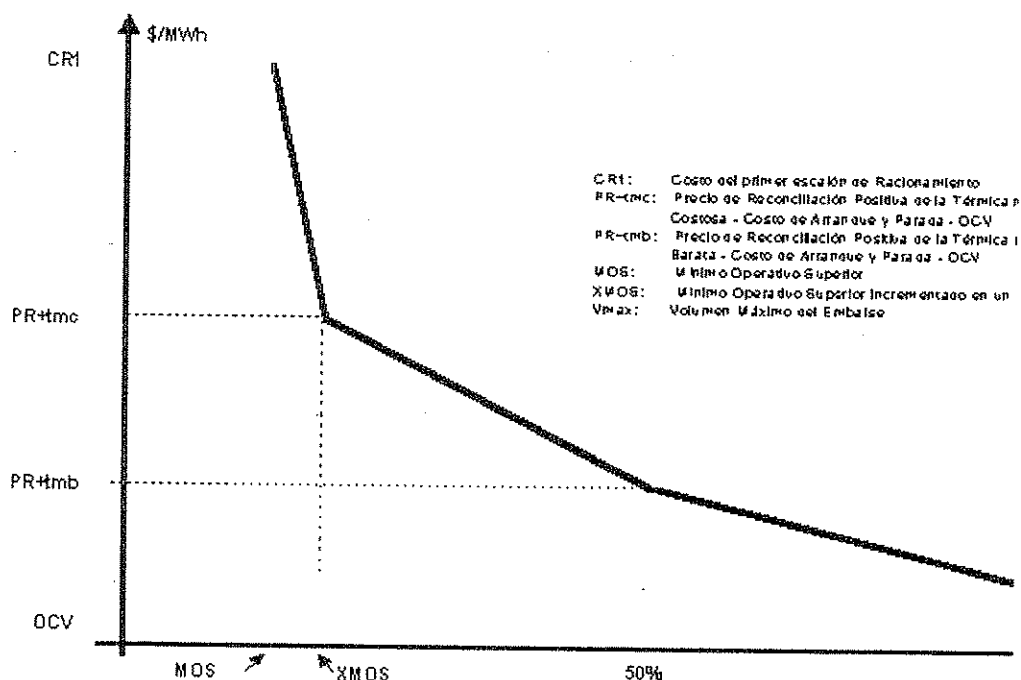
ARTÍCULO 2o. Precio de Reconciliación Positiva de los Generadores Hidráulicos. Para efectos de establecer el Precio de Reconciliación Positiva de los Generadores Hidráulicos, en el contexto de la Resolución CREG-063 de 2000, el ASIC aplicará el siguiente procedimiento, con base en la información disponible en el CND:

De acuerdo con el volumen de cada embalse reportado antes de las 6:00 a.m., se calculará un Precio de Oferta de Referencia, único para las 24 horas,

(11)
CND
(11)

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

resultante de la siguiente Curva de Oferta de Referencia:



- ☐ Para el cálculo del PR+tmc y el PR+tmb se excluyen las Importaciones que tengan su origen en Interconexiones Internacionales.
- ☐ Para aquellos embalses cuyo MOS sea menor al 1% del Volumen Máximo del Embalse, el punto indicado como XMOS corresponde a:

MOS + 0.1% del Volumen Máximo del Embalse

- ☐ La Variable OCV se calcula de acuerdo con lo establecido en el Artículo anterior.

El Precio de Reconciliación Positiva del Generador Hidráulico será igual a:

$PR = \text{Mín} (\text{Precio de Oferta}; \text{Precio de Oferta de Referencia})$

Parágrafo 1. Para las plantas hidráulicas asociadas con los embalses multipropósito Urrá y Salvajina, se toma como MOS el Mínimo Técnico.

445

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Parágrafo 2. Para todos los efectos, además del comercial, se fija como MOS para los embalses Alto Anchicayá, Betania y Troneras el máximo entre el MOS vigente y el 15% del Volumen Máximo del Embalse.

Parágrafo 3. Las plantas filo de agua que conforme a lo establecido en el Artículo 3 de la Resolución CREG-122 de 1998, se hayan acogido a la opción b) para participar en la bolsa de energía, deberán mantener tal condición hasta que la CREG decida lo contrario.

ARTÍCULO 3o. Precio de Reconciliación Negativa. Para efectos de establecer el Precio de Reconciliación Negativa, el ASIC aplicará el siguiente procedimiento:

El Precio de Reconciliación Negativa de un Generador será igual a:

$$PR = \frac{1}{2} \times (\text{Precio de Oferta} + \text{Precio de Bolsa Nacional})$$

ARTÍCULO 4o. Precios de Oferta Superiores al Costo del Primer Segmento de Racionamiento y Declaraciones de Disponibilidad igual a cero (0). Si el precio de oferta de un generador supera el Costo del Primer Segmento de Racionamiento, su Disponibilidad se tomará como cero (0). En caso que el CND hubiere requerido la unidad y/o planta de generación para cubrir una generación de seguridad, y el generador no haya podido justificar debidamente su oferta ante las autoridades competentes, el agente será responsable por los perjuicios derivados del racionamiento causado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueda tomar posesión de la empresa, de conformidad con el Artículo 59.1 de la Ley 142 de 1994.

Cuando un generador declare para el despacho horario una disponibilidad igual a cero (0) y su precio de oferta sea inferior al Costo del Primer Segmento de Racionamiento y la unidad y/o planta de generación sea requerida por el CND para cubrir una generación de seguridad, si la planta y/o unidad de generación se encuentra indisponible y las autoridades competentes determinan que su indisponibilidad no es

6
0.19
CF

39

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

justificada, el agente será responsable por los perjuicios derivados del racionamiento causado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueda tomar posesión de la empresa, de conformidad con el Artículo 59.1 de la Ley 142 de 1994.

Parágrafo. Para efectos de la aplicación del presente Artículo, se asume para el Redespacho, el valor del Costo del Primer Segmento de Racionamiento utilizado para el Despacho Programado.

ARTÍCULO 5o. Pago de las Restricciones por parte de los Comercializadores. Para los meses de consumo de febrero y marzo de 2001, a los agentes comercializadores que pagan restricciones en el Mercado Mayorista, según se establece en la Resolución CREG-063 de 2000, se les modificará la fecha de vencimiento de los valores a pagar por este concepto, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

a) El Administrador del SIC facturará la totalidad de las transacciones con fecha de vencimiento el primer día hábil del segundo mes siguiente al de consumo, tal como se establece en el Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995.

b) Posteriormente y antes de la fecha de vencimiento de la factura original, el ASIC emitirá una nota de ajuste a favor, con la misma fecha de vencimiento de la factura original, por un monto equivalente a las cinco sextas (5/6) partes del valor total liquidado por restricciones a cada comercializador, para el mes de consumo respectivo.

c) Adicionalmente, emitirá cinco (5) notas de ajuste a cargo, por un monto equivalente a la quinta parte (1/5) del valor de la nota de ajuste a favor calculada en el literal b) del presente Artículo, cada una, con las siguientes fechas de vencimiento:

- ☐ Para el mes de consumo de febrero: Mayo 2, junio 1, julio 3, agosto 1 y septiembre 3 de 2001.
- ☐ Para el mes de consumo de marzo: Junio 1, julio 3,

446

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

agosto 1, septiembre 3 y octubre 1 de 2001.

- a) El Administrador del SIC incluirá en las notas de ajuste a cargo indicadas en el literal anterior, un valor correspondiente a la Actualización del dinero, liquidado con la tasa de Depósitos a Término Fijo (DTF) certificada por el Banco de la República correspondiente al último día hábil del mes de consumo respectivo, sobre saldos, calculados para el período entre la fecha de vencimiento de la factura original y las fechas de vencimiento de las notas de ajuste respectivas.

Parágrafo 1. Las restricciones liquidadas para los meses de consumo posteriores a marzo de 2001, se facturarán siguiendo el procedimiento del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995 o aquella que la modifique o sustituya.

Parágrafo 2. Los comercializadores trasladarán al componente O, de la fórmula establecida en la Resolución CREG-031 de 1997, sólo las obligaciones que se causen con sujeción a las fechas de vencimiento de las notas de ajuste.

Artículo 6o. Pago de las Reconciliaciones a los Generadores. Para los meses de consumo de febrero y marzo de 2001, a los agentes generadores con reconciliación positiva en el Mercado Mayorista, según se establece en las Resoluciones CREG-063 y CREG-064 de 2000, se les modificará la fecha de vencimiento de los valores a recibir por estos conceptos, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) El Administrador del SIC facturará la totalidad de las transacciones con fecha de vencimiento el primer día hábil del segundo mes siguiente al de consumo, tal como se establece en el Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995.
- b) Posteriormente, y antes de la fecha de vencimiento de la factura original, el ASIC emitirá una nota de ajuste a cargo del agente respectivo con la misma fecha de vencimiento de la factura

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

original, por un monto equivalente a las cinco sextas (5/6) partes de la sumatoria de los valores totales liquidados a los agentes comercializadores por restricciones, multiplicado por las reconciliaciones positivas totales del agente (sin incluir el servicio de regulación secundaria de frecuencia), dividido por la sumatoria de las reconciliaciones positivas totales de todos los generadores (sin incluir el servicio de regulación secundaria de frecuencia).

c) Igualmente, emitirá cinco (5) notas de ajuste a favor, por un monto equivalente a la quinta parte (1/5) del valor calculado en el literal b) del presente artículo, cada una, con las siguientes fechas de vencimiento:

- ☐ Para el mes de consumo de febrero: Mayo 2, junio 1, julio 3, agosto 1 y septiembre 3 de 2001.
- ☐ Para el mes de consumo de marzo: Junio 1, julio 3, agosto 1, septiembre 3 y octubre 1 de 2001.

d) El Administrador del SIC incluirá en las notas de ajuste a favor, un valor correspondiente a la Actualización del dinero, liquidado con la tasa de Depósitos a Término Fijo (DTF) certificada por el Banco de la República correspondiente al último día hábil del mes de consumo respectivo, sobre saldos, calculados para el período entre la fecha de vencimiento de la factura original y las fechas de vencimiento de las notas de ajuste respectivas.

Las reconciliaciones positivas liquidadas para los meses de consumo posteriores a marzo de 2001, se facturarán siguiendo el procedimiento del Anexo B de la Resolución CREG-024 de 1995 o aquella que la modifique o sustituya.

ARTÍCULO 7o. Período de Transición para la Liquidación. El Administrador del SIC tendrá plazo para realizar la liquidación de las transacciones de que trata el numeral 1 del Artículo 7 de la Resolución CREG-047 de 2000, de los días de consumo del mes de marzo de 2001 posteriores a la entrada en vigencia de la presente Resolución, hasta el tercer

449

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

día hábil del mes de abril de 2001. Para estos días de consumo, no será obligatoria la segunda liquidación de que trata el numeral 4 del Artículo 7 de la Resolución CREG-047 de 2000. Los demás plazos y procedimientos establecidos en la Resolución CREG-047 de 2000 se mantendrán.

Los plazos para las liquidaciones correspondientes a los días de consumo a partir del 1 de abril de 2001 en adelante, se liquidarán teniendo en cuenta los plazos y condiciones establecidas en la Resolución CREG-047 de 2000, o aquellas que la adicionen, modifiquen o sustituyen.

ARTÍCULO 8o. Manejo Confidencial de Información. El CND y el ASIC aplicarán la confidencialidad para el manejo de la información de ofertas presentadas por las empresas generadoras. No obstante, esta información se pondrá a disposición del público con rezago de 15 días hábiles.

Para la demás información señalada en la Resolución CREG-026 de 2001, no aplicará el manejo confidencial o reservado previsto en dicha Resolución.

Así mismo, la información que tuvo carácter confidencial, antes de la entrada en vigencia de la presente Resolución, se pondrá a disposición del público, teniendo en cuenta el rezago aquí fijado sobre la información de precios de oferta de los generadores.

ARTÍCULO 9o. La presente Resolución rige desde su publicación en el Diario Oficial. Se aplicará a partir del despacho económico del día siguiente a su publicación. Mientras esté vigente esta Resolución, no se aplicarán las normas anteriores que le sean contrarias.

Publicada en el Diario Oficial No.44.357 de Marzo 15 de 2001

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

RAMIRO VALENCIA COSSIO
Ministro de Minas y Energía

CARMENZA CHAHÍN ÁLVAREZ
Director Ejecutivo
Presidente

Resolución No. 038

Marzo 29 de 2001

Por la cual se aclaran y modifican disposiciones de la Resolución CREG-034 de 2001.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

(...)

R E S U E L V E:

ARTÍCULO 1o. Precisar el alcance de las siguientes disposiciones contenidas en el Artículo 1o. de la Resolución CREG-034 de 2001:

a) Las Generaciones de Seguridad a que se refieren el concepto de "Costo de Arranque-Parada (CAP)" y el Parágrafo 1o., del Artículo 1o. de la Resolución CREG-034 de 2001, corresponden a Generaciones de Seguridad Fuera de Mérito en los términos definidos por la Resolución CREG-063 de 2000.

b) La variable GSA definida en el Artículo 1o. de la Resolución CREG-034 de 2001, corresponde a: "GSA = MWh totales de Generación de Seguridad Fuera de Mérito durante el día, asociada con dicho Arranque, incluyendo los MWh Inflexibles asociados con dicha Generación de Seguridad Fuera de Mérito durante el mismo día. El PR calculado con este valor de GSA, se aplicará en las mismas horas a las que corresponde la generación incluida para su cálculo".

448

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ARTÍCULO 2o. Adicionar a los Costos de Arranque-Parada (CAP) definidos en el Artículo 1o. de la Resolución CREG-034 de 2001, los correspondientes al tipo de tecnología: Térmica a Gas-Vapor, determinados en 100.37 (US\$/MW).

ARTÍCULO 3o. Modificar el Parágrafo 2o. del Artículo 1o. de la Resolución CREG-034 de 2001, el cual quedará así:

"Parágrafo 2. Todos los generadores térmicos deberán declarar ante el ASIC, cada siete (7) días calendario, un único valor para las variables CSC y CTC (en \$/MWh) por planta o unidad de generación, según el caso. Esta periodicidad empezará a regir a partir del día miércoles siguiente a la entrada en vigencia de la presente Resolución.

☐ De no existir declaración antes de las 9:30 horas del día correspondiente, el ASIC mantendrá los últimos valores declarados por el agente.

☐ De no existir declaración previa, el ASIC asumirá como valores declarados, cero (0) \$/MWh.

☐ De declararse valores que no cumplan con los límites máximos establecidos, cuando ellos apliquen, el ASIC asumirá como valores declarados los límites correspondientes.

☐ Cuando para un agente, según lo establecido en la regulación vigente, sus unidades de generación sean consideradas como una sola planta y éste declare al ASIC las variables CSC y CTC por unidad y no por planta, el ASIC establecerá las variables de la planta como el promedio de los valores declarados para cada una de las unidades".

ARTÍCULO 4o. Precisar el alcance de las variables utilizadas en las ordenadas de la Curva de Oferta de Referencia, de que trata el Artículo 2o. de la Resolución CREG-034 de 2001, en los siguientes términos:

PR+tmc : Precio de Reconciliación Positiva de la Térmica más Costosa calculado por el ASIC, a partir de los costos variables CSC, CTC y COM establecidos

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

en el Artículo 1o. de la Resolución CREG-034 de 2001, sin considerar las variables CAP y OCV correspondientes, pero considerando el OCV de las plantas hidráulicas.

PR+tmb : Precio de Reconciliación Positiva de la Térmica más Barata calculado por el ASIC, a partir de los costos variables CSC, CTC y COM establecidos en el Artículo 1o. de la Resolución CREG-034 de 2001, sin considerar las variables CAP y OCV correspondientes, pero considerando el OCV de las plantas hidráulicas.

OCV : Otros Costos Variables, calculados de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1o. de la Resolución CREG-034 de 2001, para las plantas hidráulicas.

ARTÍCULO 5o. Modificar el Párrafo 3. del Artículo 2o. de la Resolución CREG-034 de 2001, el cual quedará así:

□ "Para el cálculo del PR+tmc y el PR+tmb se excluyen las Importaciones que tengan su origen en Interconexiones Internacionales y las plantas y/o unidades de generación cuyos valores declarados sean asumidos como cero (0) \$/MWh, en los términos del Parágrafo 2. del Artículo 1o. de la presente Resolución".

ARTÍCULO 6o. Modificar el Artículo 4o. de la Resolución CREG-034 de 2001, el cual quedará así:

ARTÍCULO 4o. Precios de Oferta Superiores al Costo del Primer Segmento de Racionamiento y Declaraciones de Disponibilidad igual a cero (0). Si el precio de oferta de un generador supera el Costo del Primer Segmento de Racionamiento, su Disponibilidad se tomará como cero (0). En caso que el CND hubiere requerido la unidad y/o planta de generación para cubrir una generación de seguridad, y el generador no haya podido justificar debidamente su oferta ante las autoridades competentes, el agente será responsable por los perjuicios derivados del racionamiento causado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

pueda tomar posesión de la empresa, de conformidad con el Artículo 59.1 de la Ley 142 de 1994. Se excluyen de esta disposición las plantas de generación cuyo precio de oferta se encuentre intervenido en los términos de la Resolución CREG-018 de 1998.

Cuando un generador declare para el despacho horario una disponibilidad igual a cero (0) y su precio de oferta sea inferior al Costo del Primer Segmento de Racionamiento y la unidad y/o planta¹¹ de generación sea requerida por el CND para cubrir una generación de seguridad, si la planta y/o unidad de generación se encuentra indisponible y las autoridades competentes determinan que su indisponibilidad no es justificada, el agente será responsable por los perjuicios derivados del racionamiento causado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueda tomar posesión de la empresa, de conformidad con el Artículo 59.1 de la Ley 142 de 1994.

Parágrafo. Para efectos de la aplicación del presente Artículo, se asume para el Redespacho, el valor del Costo del Primer Segmento de Racionamiento utilizado para el Despacho Programado".

ARTÍCULO 7o. La presente Resolución rige a partir de su publicación en el Diario Oficial. Aclara y modifica la Resolución CREG-034 de 2001, en los términos aquí señalados.

Publicada en el Diario Oficial No.44.390 de Abril 16 de 2001

PUBLÍQUESE Y CÚPLASE

EVAMARÍA URIBE TOBÓN

Viceministra de
Energía y Gas
Delegada
por el Ministro de
Minas y Energía

CARMENZA
ÁLVAREZ

Director Ejecutivo

CHAHÍN

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Resolución No. 094
Junio 21 de 2001

Por la cual se aclaran y modifican algunas disposiciones establecidas en la Resolución CREG-034 de 2001.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

R E S U E L V E:

ARTÍCULO 1o. Aclarar el alcance de las variables utilizadas en la determinación del precio de Reconciliación Positiva de los Generadores Térmicos, contenidas en el Artículo 1o. de la Resolución CREG-034 de 2001, así:

a) Costo de Suministro de Combustible (CSC)

El Costo de Suministro de Combustible (CSC) al que se refiere la Resolución CREG-034 de 2001, es la parte variable del costo de suministro de combustible, expresado en \$/MWh, que es posible sustentar.

En el caso de generación con gas natural, el costo unitario de suministro de gas no podrá superar los Precios Máximos Regulados para el gas natural colocado en Punto de Entrada al Sistema Nacional de Transporte, de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG-023 de 2000. Este límite no aplica para el gas natural proveniente de campos que tengan régimen de precio libre.

450

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

El Costo de Suministro de Combustible (CSC) podrá incluir los impuestos legalmente establecidos para los contratos de suministro, y las pérdidas de gas natural conforme a lo establecido en la Resolución CREG-071 de 1999.

b) Costo de Transporte de Combustible (CTC)

El costo de Costo de Transporte de Combustible (CTC) al que se refiere la Resolución CREG-034 de 2001, es la parte variable del costo de transporte de combustible, expresado en \$/MWh, que es posible sustentar.

En el caso de generación con gas natural, el costo unitario del servicio de transporte de gas no podrá superar los cargos máximos variables autorizados por la CREG que se encuentren vigentes, a las empresas transportadoras de gas.

El Costo de Transporte de Combustible (CTC) podrá incluir los impuestos o gravámenes legalmente establecidos para el transporte de gas natural, y para otros combustibles diferentes al gas natural.

ARTÍCULO 2o. Consumo Térmico Específico Neto Plantas/Unidades Térmicas (Eficiencia). Para efectos de establecer el Consumo Térmico Específico Neto Plantas/Unidades Térmicas (Eficiencia) de que trata la Resolución CREG-034 de 2001, se utilizarán los siguientes criterios y procedimientos:

a) Plantas térmicas a gas: El Consumo Térmico Específico Neto se establecerá como el cociente entre la energía térmica suministrada, correspondiente a la facturación mensual para el mes de liquidación del ASIC, medida por el transportador en el Punto de Entrega del remitente térmico, expresada en MBTU, y la energía eléctrica mensual generada, medida en la respectiva frontera comercial del generador, reportada al ASIC.

b) Plantas térmicas a Carbón y otros combustibles diferentes al gas natural: El Consumo Térmico Específico Neto se establecerá de acuerdo con la

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

curva de eficiencia del fabricante o en su defecto con el "Consumo Térmico Específico Neto Plantas/Unidades Térmicas (Eficiencia)" declarado por el agente para el cálculo del Cargo por Capacidad vigente.

ARTÍCULO 3o. Tasa Representativa del Mercado (TRM). Para efectos de la liquidación de las componentes de Costo de Suministro de Combustible (CSC) y Costo de Transporte de Combustible (CTC) de que trata la Resolución CREG-034 de 2001, la Tasa Representativa del Mercado a utilizar por el ASIC corresponderá a la certificada por la Superintendencia Bancaria para el día de liquidación que hayan acordado tanto el productor como el remitente.

Si el día establecido en el anterior acuerdo es posterior al quinto día hábil de cada mes, el ASIC utilizará la Tasa Representativa del Mercado certificada por la Superintendencia Bancaria para el quinto día hábil de cada mes.

ARTÍCULO 4o. El Artículo 8° de la Resolución CREG-034 de 2001, quedará así:

"Artículo 8° Manejo Confidencial de Información. El CND y el ASIC aplicarán la confidencialidad para el manejo de la información de ofertas presentadas por las empresas generadoras. No obstante, esta información se pondrá a disposición del público a más tardar a las 10:30 am del día de despacho.

Para la demás información señalada en la Resolución CREG-026 de 2001, no aplicará el manejo confidencial o reservado previsto en dicha Resolución."

ARTÍCULO 5o. La presente Resolución rige a partir de su publicación en el Diario Oficial, aclara y modifica la Resolución CREG-034 de 2001, en los términos aquí señalados, y se aplicará a partir del Despacho Económico del día siguiente a su publicación.

Publicada en el Diario Oficial No.44.464 de Junio 23

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

de 2001
PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO VALENCIA COSSIO

DAVID
BENÍTEZ

REINSTEIN

RESOLUCION No. 099
(21 JUN. 2001)

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

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

(...)

R E S U E L V E:

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

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

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO VALENCIA COSSIO
Ministro de Minas y
Energía
Presidente

DAVID REINSTEIN BENÍTEZ
Director Ejecutivo

A continuación la Sala estudiará los cargos presentados contra las normativas antes transcritas.

2.Vulneración de los artículos 29 de la Carta Política y 23 literal i) de la Ley 143 de 1994.

El demandante considera que se vulneraron los artículos 29 de la Constitución Política y 23 literal i) de la Ley 143 de 1994, por cuanto, a su juicio, para la expedición de las resoluciones atacadas, se requería el concepto previo del Consejo Nacional de Operación, por constituir ellas parte del Reglamento de Operación.

El artículo 11 de la Ley 143 de 1994 define el Reglamento de operaciones como el "conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica". La misma definición precisa que "[e]l reglamento de operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional".

Por su parte, el literal i) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994 establece:

Artículo 23 . Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones generales:

(...)

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;

De la lectura sistemática de las dos normas citadas se deriva que el Reglamento de operación comprende varios documentos que se refieren a aspectos diferentes, y que la Comisión de Regulación de Energía y Gas solo tiene el deber de oír los conceptos del Consejo Nacional de Operación, cuando se trate de realizar el planeamiento y

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional, y no en todos los casos.

Lo anterior resulta lógico si se tienen en cuenta las diferentes funciones asignadas al Consejo Nacional de Operación y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Así el artículo 36 de la Ley 143 de 1994 que crea el Consejo Nacional de Operación, le asigna como principal función "acordar los aspectos técnicos para garantizar que la operación integrada del sistema interconectado nacional sea segura, confiable y económica, y ser el órgano ejecutor del reglamento de operación".

A su turno, la Ley 142 de 1994 establece el marco de la intervención del Estado en los servicios públicos para garantizar, entre otros fines, la prestación eficiente de los mismos; la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante (artículo 2). Igualmente el artículo 3 de la normativa Ley menciona como instrumentos de intervención estatal todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esa Ley, entre ellos la "[r]egulación de la prestación de los servicios

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario".

Para hacer efectiva la intervención en la Ley 142 de 1994, se asignó a las comisiones de regulación, la "función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad" (artículo 73) y a la CREG en particular la de "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

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado" (artículo 74-1).

Por su parte, la Ley 143 de 1994, refiriéndose específicamente al servicio público de electricidad dispuso que respecto de éste los objetivos y funciones que corresponden al Estado mencionando, entre otros: a) promover la libre competencia en las actividades del sector; b) impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado; c) regular aquellas situaciones en que por razones de monopolio natural, la libre competencia no garantice su prestación eficiente en términos económicos (artículo 3); d) 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; e) asegurar una operación eficiente, segura y confiable en las actividades del sector (artículo 4).

De la misma manera definió la citada Ley que la función de regulación del sector energético "tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

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" (artículo 20), y que para el logro de esa finalidad corresponde a la CREG "[c]rear 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" (artículo 23).

En el caso de las resoluciones demandadas, no se trataba de regular el planeamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional, sino de establecer condiciones de mercado que permitieran el desarrollo de la libre competencia entre los actores del mercado mayorista de energía.

De hecho, en el -Testimonio de Pablo Hernán Corredor⁴, Ingeniero Electricista, que se desempeñaba como Gerente apoderado de la parte demandada, indagado sobre si el

⁴ Folios 416 a 420 del expediente.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Centro Nacional de Despacho -CND- había aplicado o no la Resolución 034 de 2001 para la planeación y la coordinación del sistema interconectado nacional por que razón y en que casos CONTESTÓ: "El CND dado que al Resolución 034 es para efectos de liquidación de generaciones positivas y negativas no está dirigida para aplicarla a planear coordinar y supervisar la operación"

Por lo anterior es claro para la Sala que no solo no se requería oír el concepto del Consejo Nacional de Operación, sino que existían facultades que permitían a la CREG expedir las normas demandadas y en consecuencia el cargo no prospera.

3. Violación de los artículos 333 y 334 de la Constitución Nacional.

El demandante no señala de manera expresa la forma como las resoluciones cuestionadas vulneran los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, limitándose a afirmar que existen unos límites dentro de los cuales deben actuar las autoridades interventoras para evitar cualquier arbitrariedad en que se pueda incurrir, al

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

limitar precisamente esa libertad de empresa que el mismo constituyente erigió como garantía fundamental.

Para la Sala, desde el punto de vista de los artículos 333 y 334 de la Carta, es posible la intervención del Estado en el sector eléctrico para lograr la eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que salvaguarden la competencia en el mercado de energía, pues, el hecho de que las empresas generadoras actúen en un escenario oligopólico, que algunas de ellas tengan en el mismo una posición dominante, y que existan restricciones en las redes de transmisión de energía constituyen circunstancias que pueden propiciar desequilibrios que las autoridades de regulación deben precaver, en cumplimiento de los deberes de velar para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad; evitar o controlar abusos y de contribuir a construir un orden económico y social justo.

No resulta inoficioso indicar que respecto de la regulación la Corte Constitucional ha manifestado:

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

"La función de regulación de las actividades económicas por parte de las autoridades del Estado es una modalidad de la potestad de intervención del mismo en ellas, cuyo propósito general es lograr la efectividad de los fines sociales de aquel y corregir los defectos o imperfecciones del mercado. Sobre este tema la Corte Constitucional ha expresado:

"Los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado social y democrático de derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad. La primera clase comprende los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos. La segunda clase abarca los fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos.

"La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado (...)"⁵⁶.

En el mismo sentido el Presidente del Consejo de Estado francés, en reciente intervención manifestó:

⁵ Sentencia C-150 de 2003 , M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Sentencia C-1120 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería.

456

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

La actividad de regulación orientada a instaurar, mantener o restablecer el equilibrio de un mercado en el marco de la competencia, se ha afirmado de una manera clara como una función importante de los poderes públicos.

El desarrollo de nuevas formas de acción del Estado sobre la economía, fruto de la aparición y multiplicación de autoridades independientes de regulación, es muestra de esa evolución.

El desarrollo de esas nuevas formas de intervención del Estado se traduce en un relativo consenso sobre el principio mismo de la acción de los poderes públicos sobre los mercados. La crisis financiera lo puso en evidencia. En la "revalorización de formas directas y masivas de intervención pública"⁷ y en los llamados a la redefinición de las políticas de la competencia que ella ha suscitado, se encuentra eco a las voces que recuerdan que "si la competencia está bien regulada, hace parte de la solución a la crisis y no de sus causas"⁸. Pese a los desacuerdos sobre las modalidades de esa intervención, el principio mismo es aceptado por todos⁹.

En consecuencia, contrariamente a lo que el actor afirma, de los artículos 333 y 334 de la Carta Política no se deriva la conclusión según la cual las decisiones adoptadas por la CREG en las resoluciones demandadas resultarían inconstitucionales, por supuestamente limitar

⁷ Pascale Idoux, "Le droit public économique vu à travers la crise », Droit Administratif, mars 2010, n° 3, étude 5.

⁸ B. Lasserre, "La nouvelle autorité de la concurrence, partenaire des entreprises", La lettre d'information du comité français de la chambre de commerce internationale, n° 4, mai 2009, éditorial.

⁹ Sauvé Jean Marc, "Poderes Públicos y Competencia" Intervención del Vice-presidente del Consejo de Estado francés el 7 de mayo de 2010. <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/pouvoirs-publics-et-concurrence-.html>

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

arbitrariamente la libertad de empresa y la libre competencia.

Desde otra perspectiva, a juicio de esta Sala, tales restricciones son, razonables y constitucionalmente válidas, en tanto se explican por la primacía del interés general, representado, en este caso, en la protección de la competencia en el mercado de energía mayorista, pues mediante las resoluciones demandadas no se afecta la fijación del precio de la energía para los generadores de ésta ni los supuestos en los cuales se sustenta el mercado de energía mayorista, dado que la finalidad de las mismas es precisamente propiciar un marco cercano a un mercado competitivo, considerando que las condiciones existentes al momento de expedirlas provocaban distorsiones que terminaban afectando a los consumidores finales o favoreciendo la ineficacia de los competidores en dicho mercado.

Bajo el prisma anterior es evidente que el cargo no prospera.

4. Falsa Motivación

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Aduce el demandante que las circunstancias planteadas en los considerandos de las normas demandadas, bajo ningún aspecto otorgan facultad legal a la CREG para interpretarlas y evaluarlas según su subjetivo y erróneo criterio, para definir con base en las mismas, medidas de intervención del mercado aduciendo el comportamiento de éste.

Para definir la pertinencia o no del cargo la Sala realizará un análisis sobre el mercado de energía y las circunstancias existentes en el momento en que se promulgaron las normas acusadas.

Según la Resolución 024 de 1995, las empresas generadoras participarán en el mercado mayorista de energía a través de las siguientes operaciones:

- a. Contratos de Energía a largo plazo: son aquellos en que generadores y comercializadores pactan libremente las condiciones, cantidades, y precios para la compra y venta de energía eléctrica a largo plazo.
- b. Contratos de Energía en la Bolsa: Son aquellos que se celebran a través del

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Administrador del SIC, para la enajenación hora a hora de energía, y cuyos precios, cantidades, garantías, liquidación y recaudo se determinan por la presente resolución y por el acuerdo de las partes en las reglas del SIC.

c. Prestación de servicios asociados de generación de energía a la empresa de transmisión nacional para asegurar el cumplimiento de las normas sobre calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de electricidad. (Artículo 7º)

Los contratos de energía, como lo señala el demandante, son mecanismos financieros de compra y venta de energía, que no obligan al vendedor a contar con generación propia, sino que puede cumplir sus compromisos de venta de energía, comprándola en la bolsa o a través de otros contratos.

De conformidad con la Resolución 024 de 1995 la Bolsa de Energía se define como el "Sistema de información, manejado por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, sometido a las reglas que adelante aparecen, en donde los generadores y comercializadores del mercado mayorista ejecutan actos de intercambio de ofertas y demandas de energía, hora a hora, para que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ejecute los contratos resultantes en la bolsa de energía,

458

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

y liquide, recaude y distribuya los valores monetarios correspondientes a las partes y a los transportadores".

Tal como lo determinaron las Resoluciones 055 de 1994 y 024 de 1995, dentro de este mercado mayorista de energía todos los generadores conectados al Sistema interconectado Nacional, cuya generación sea superior a 20 MW, deben someterse al despacho central que realiza el Centro Nacional de Despacho.

Las empresas generadoras deben presentar diariamente, y para cada una de las 24 horas del día¹⁰, una declaración donde indican su disponibilidad de generación y la oferta de precio por cada unidad de energía a generar al día siguiente, la cual, según la Resolución 055 de 1994, debe "reflejar los costos variables de generación en los que esperan incurrir".

El artículo 6 de la citada Resolución previó que para la determinación de los costos variables se tendría en cuenta:

¹⁰ Posteriormente la Resolución CREG 26 de 2001 estableció que la oferta debía hacerse por un precio único para las 24 horas del día.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

- a) Para plantas termoeléctricas: el costo incremental del combustible, el costo incremental de administración, operación y mantenimiento, los costos de arranque y parada y la eficiencia térmica de la planta.
- b) Para las plantas hidroeléctricas: los costos de oportunidad (valor de agua) de generar en el momento de la oferta, teniendo en cuenta la operación económica a mediano y largo plazo del Sistema Interconectado Nacional.

La Resolución CREG 024 de 1995 -Anexo 4 se estableció que si bien la oferta de precios en la bolsa se hará de acuerdo con la Resolución CREG-055 de 1994, para verificar si las cotizaciones de los generadores siguen el criterio definido en la resolución mencionada, la Comisión tomará en cuenta que los precios ofertados serán flexibles e incluirán el efecto de la incertidumbre y las diferencias de percepción de riesgos de los generadores.

Recibidas las ofertas, el Centro Nacional de Despacho - CND- realiza un programa de despacho para el día siguiente con el fin de satisfacer la demanda esperada, utilizando para cada hora los recursos ofertados a menor precio cumpliendo con las condiciones límites del sistema.

459

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

El programa de despacho indica la cantidad de energía que cada una de las plantas que ofertaron debe generar en cada hora y es elaborado por el CND y enviado a los generadores con anticipación para su realización al día siguiente.

En la operación del sistema se identifican dos tipos de despacho: el despacho ideal y el despacho real. El primero es la programación general que se hace por orden de mérito de la oferta realizada por los generadores, ordenándola de menor a mayor hasta cubrir la demanda de energía, mientras el segundo corresponde a la generación realmente ejecutada por los oferentes. De esta manera se determina cuales ofertas de precio de generación se encuentran "en mérito" (precio de bolsa) y cuales "fuera de mérito" (precio ofertado superior al precio de bolsa).

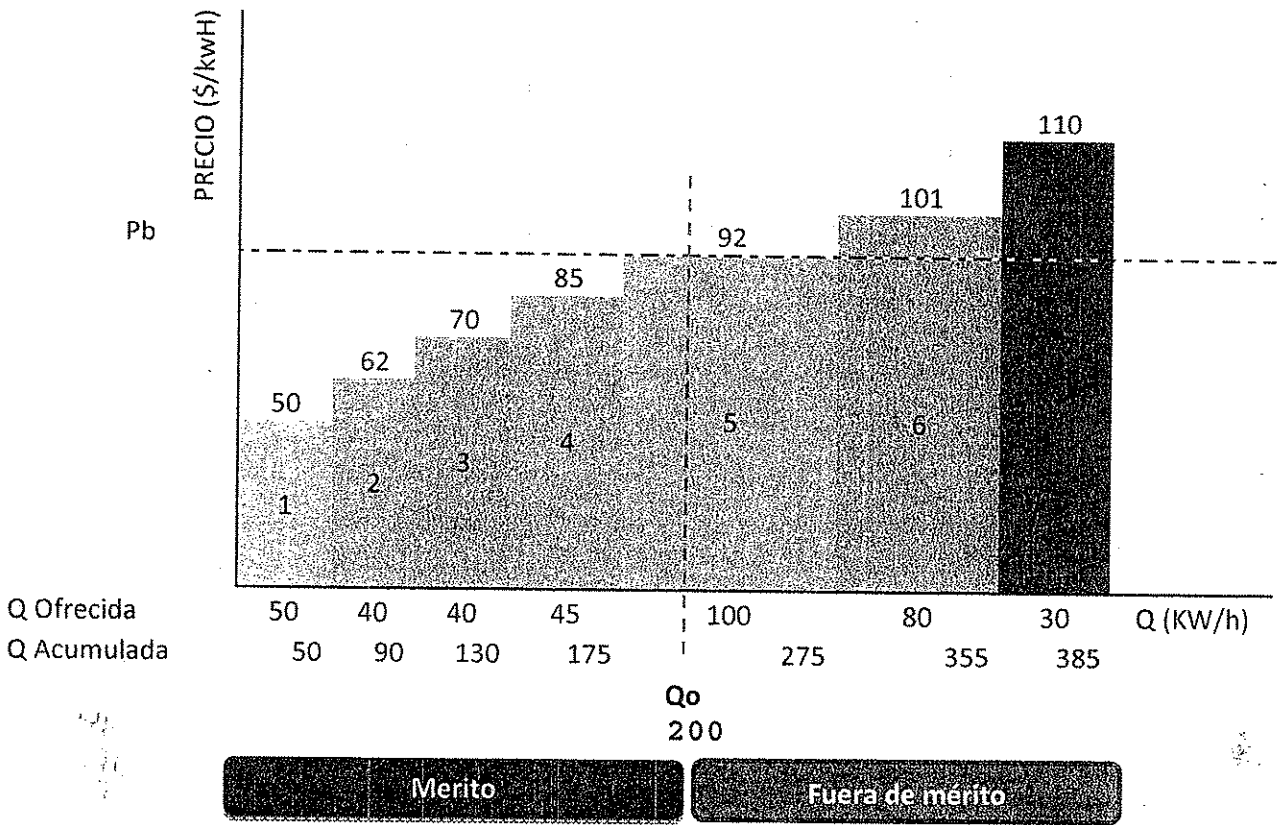
El precio horario en la Bolsa de Energía es igual al precio de oferta en bolsa más alto en la hora respectiva correspondiente a las plantas generadoras requeridas en el despacho ideal que no presenten inflexibilidad.

Lo anterior se ilustra con el siguiente ejemplo para una

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

demanda de 200 KWh

OFRECIMIENTO		
Generador	Energia (KWh)	Valor (\$/KWh)
1	50	50
2	40	62
3	40	70
4	45	85
5	100	92
6	80	101
	30	110



860

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Pb: Precio de la bolsa de energía, determinado por el ofrecido por la última planta requerida para atender la demanda según el despacho ideal, que en este caso fue la planta No. 5, es decir 92 \$7KWh.

Qo: es la oferta requerida para atender la demanda del sistema que en este caso es de 200 KW, que se cubrió con los ofrecimientos completos de los generadores 1 a 4 y parte del 5 (25 KWh).

Mérito: se refiere a las ofertas más baratas con las que se programa atender la demanda, según el despacho ideal.

Fuera de Mérito: Excedente de energía más costoso, no requerida para atender la demanda según el despacho ideal, pero que puede ser requerida por el sistema en el despacho real por limitaciones del mismo sistema, entre ellas las relacionadas con el transporte.

De esta manera, tal como lo explica el Documento CREG 008 de 2004:

El modelo económico implementado en el sector eléctrico colombiano, para el mercado de corto plazo,

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

responde a una subasta de único precio, en la cual participan diariamente los agentes generadores con una oferta de precios y una declaración de disponibilidad por recurso de generación. Dicha subasta no tiene en cuenta las limitaciones (restricciones) impuestas por la red de transmisión nacional SIN, esto es, el precio de cierre del mercado es el mismo para cada uno de los nodos del sistema. Con estas ofertas y la disponibilidad de cada recurso de generación se programa inicialmente y económicamente la operación del SIN.

El anterior esquema de subasta de único precio, establece que los generadores que resultan despachados son remunerados al precio marginal del sistema (precio de bolsa), el cual corresponde a la oferta realizada por el último generador despachado para atender la demanda total del sistema. El despacho económico responde a un orden de mérito estricto, donde los recursos se ordenan por precio, alcanzando el menor precio en conjunto para el sistema. La energía despachada según este criterio se considera energía de mérito, resultante de un mercado competitivo¹¹.

En el proceso pueden presentarse diferencias entre la generación real y la ideal que suelen obedecer a restricciones eléctricas¹² u operativas¹³, en razón de las

¹¹ Documento CREG N° 008 de marzo de 2004. "Evaluación de la evolución del mercado y resultados de la aplicación de la Resolución CREG- 034 de 2001". Folios 1 y ss del Anexo N° 7.

¹² **Restricción Eléctrica.** Limitación en el equipamiento del SIN, o de las Interconexiones Internacionales, tales como límites térmicos admisibles en la operación de equipos de transporte o transformación, límites en la operación del equipamiento que resulten del esquema de protecciones (locales o remotas), límites de capacidad del equipamiento o, indisponibilidad de equipos. .
(Fuente: R. CREG-063-2000; Art. 1)

¹³ **Restricción Operativa.** Exigencia operativa del sistema eléctrico para garantizar la seguridad en Sub-Áreas o Áreas Operativas, los criterios de calidad y confiabilidad, la estabilidad de tensión, la estabilidad electromecánica, los requerimientos de compensación

461

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

cuales el sistema utiliza un método de compensación cuando la generación real es mayor que la ideal (generación forzada fuera de mérito) la reconciliación es positiva y cuando ocurre lo contrario, esto es, cuando la generación real es menor que la ideal (generación desplazada del despacho ideal) la reconciliación es negativa.

El costo de las restricciones se determina como la suma de las reconciliaciones positivas y negativas del sistema.

Estas reconciliaciones, como lo señala el demandante, se tasaron inicialmente al precio de la oferta del generador multiplicado por la diferencia entre la generación real y la ideal. Mediante la Resolución 063 de 2000 se modificó la forma de establecer el valor de las reconciliaciones, así:

Si para un generador su producción real excede a la generación del despacho ideal, la cuenta de éste por reconciliaciones se incrementará con el valor correspondiente a esta diferencia, liquidada así:

reactiva y de regulación de frecuencia del SIN. . (Fuente: R. CREG-063-2000; Art. 1)

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

$REC = PR \times (\text{Generación Real} - \text{Generación Ideal})$
 Donde:

$$PR = \text{Min} \left[\text{Max} (P_{it}, P_{ot}) \right] \quad ; i = 1, \dots, 24$$

donde:

P_{it} Precio de Bolsa Internacional en la hora t -ésima, cuando las reconciliaciones se causan, total o parcialmente por Generaciones de Seguridad debidas a exportaciones de energía.
 Precio de Bolsa Doméstico, para todos los demás casos.

P_{ot} Precio de Oferta del Generador en la hora t -ésima.

Si para un generador su producción real es inferior a la generación del despacho ideal, la cuenta de éste por reconciliaciones se decrementará con el valor correspondiente a esta diferencia, de la siguiente manera:

$REC = PR \times (\text{Generación Real} - \text{Generación Ideal})$
 $PR = Pot.$

donde:

Pot Precio de Oferta del Generador en la hora t -ésima.

Esta forma de remunerar las restricciones negativas que en condiciones normales de mercado podía ser efectiva, en las circunstancias de indisponibilidad de las redes generada por las voladuras de torres, incentivaba a quienes sabían que por efecto de las voladuras su energía no podía ser despachada, a hacer ofertas al menor precio

462

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,

posible con el fin de obtener el mayor ingreso por concepto de restricciones por energía atrapada, que, como se estableció en la Resolución 063 de 2000 y lo afirma la CREG al contestar la demanda, se pagaban al precio resultante de la diferencia entre el precio de bolsa y el precio ofertado.

Otro de los efectos generado por la voladura de torres fue el derivado del hecho de que un generador tuviera la certeza de que por las condiciones del sistema la demanda de la región geográfica donde se encuentra ubicada su planta solo puede ser atendida por el, caso en el cual tiene la certeza de que venderá su energía al precio que decida ofertarla, dada la inelasticidad de la demanda de energía, con lo cual desaparece la incertidumbre que es el presupuesto de la competencia en el mercado.

Adicionalmente, como se advierte en la contestación de la demanda en argumentos que no contradijo el actor:

El hecho de que las generaciones de seguridad fuera de mérito se pagaran simplemente en relación con el precio de oferta, estaba causando fundamentalmente dos graves distorsiones:

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

b) En relación con la Reconciliación Positiva: El generador cuya energía era requerida para atender una demanda, no en razón de su precio, si no en razón del ser el único disponible, sabía que independientemente del precio al que ofertara vendía su energía, pues si no el Sistema se vería avocado a un racionamiento. Efectivamente, muchos agentes en esta situación incrementaron sus precios de oferta, y hubo que pagársele la energía a precios exorbitantes, con recursos provenientes finalmente de las tarifas que se cobran a los usuarios finales. La Resolución CREG-034 de 2001 buscó prevenir esta situación poniendo un tope máximo al valor de la generación de Seguridad por Mérito.

c) En relación con la reconciliación Negativa: Este es el valor que les paga a los generadores que pese a ser competitivos en el Mercado, porque sus precios de oferta son menores, no pueden vender energía por la indisponibilidad de la red. Dado que no generan un solo kilovatio de energía, lo que se les reconoce es el costo de oportunidad de no haber podido vender su energía, por el estado de la red, la cual no está bajo su responsabilidad ni control, sino de otro agente: el transportador. Dado que bajo la resolución CREG-063, se le pagaba la diferencia entre el Precio de Bolsa y el precio ofertado, en dicha regulación existía un incentivo a reducir al máximo el precio de oferta para aumentar su diferencia en relación con el precio de Bolsa y así obtener un mayor ingreso. Como se demostrará en este proceso, estos comportamientos hicieron que de manera significativa se incrementara el costo de las restricciones que finalmente tuvieron que pagar los usuarios. Dicha situación se trató de corregir mediante la Resolución CREG-034 de 2001, que dispuso que las reconciliaciones negativas, esto es, el costo de oportunidad de la energía generada, se pagarán al valor promedio entre el precio de oferta y el precio de bolsa.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Esto fue lo que encontró la CREG sobre la forma como venía operando el mercado hasta marzo de 2001, como lo demuestra el documento que sirvió de base para la expedición de las normas atacadas.

En efecto, el Documento CREG N° 055 de marzo 13 de 2001¹⁴.

"Ajustes Mercado de Energía Mayorista Precio de Reconciliación Positivo y Negativo" señala:

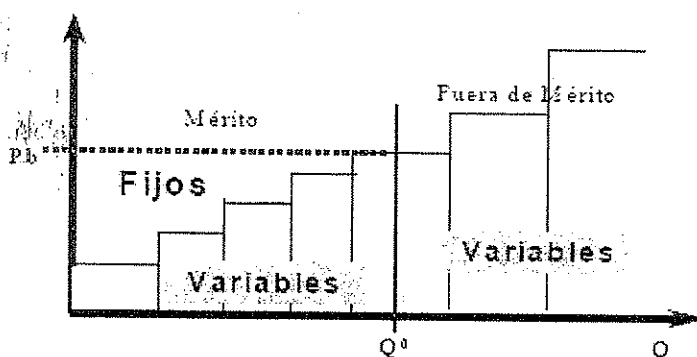
En condiciones normales la energía que genera una unidad o planta de generación, puede ser consumida en cualquier parte del país que esté cubierta por dicho Sistema Interconectado nacional, razón por la cual todos los días los generadores compiten por vender su energía en el sistema.

Conforme a las disposiciones establecidas por la Comisión y al diseño del mercado, todos los agentes realizan diariamente una oferta de precios de generación y una disponibilidad (Cantidad que están dispuestos a vender) para cada uno de sus recursos, con esta información y otra procedente de la demanda se realiza el Despacho Ideal.

La oferta de precios realizada por los generadores a la Bolsa de energía debe reflejar la estructura de costos variables, sin importar la disponibilidad de la red de transporte; y la posición de cada uno de los generadores en este Despacho Ideal se verá afectada por su eficiencia relativa frente a los demás como se muestra en la siguiente figura:

¹⁴ Folio 7 del Anexo N° 7.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ



Variables: Ofertas presentadas por los agentes, en las cuales incluyen costos variables de operación.

Q^0 : Oferta requerida para atender la demanda del Sistema.

P_b : Precio de la Bolsa de energía, determinado por la última planta requerida para atender la demanda del Sistema, según el Despacho Ideal.

Q : Excedente de oferta no requerido para atender el Sistema según el Despacho Ideal.

Mérito: Ofertas más baratas con las que se programa atender la demanda, según el Despacho Ideal.

Fuera de Mérito: Excedente de energía más costosa, no requerida para atender la demanda según el Despacho Ideal, pero que puede ser requerida por el Sistema en el Despacho Real, por limitaciones de la red de transporte.

Considerando lo anterior, cada agente realiza una oferta de precios a la bolsa de energía que debería reflejar una estructura e costos variables.

Si bien el precio de generación de electricidad es libre, no quiere decir ello que los generadores puedan ofertar cualquier precio que corresponda a sus costos; por el contrario la Resolución CREG-055 de 1994, dispone:

1164

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Artículo 6°. Ofertas de precio en la bolsa de energía. Los precios a los cuales las empresas generadoras ofrezcan diariamente al Centro Nacional de Despacho (CND) energía de sus unidades de generación, por unidad de energía generada cada hora en el día siguiente, **deben reflejar los costos variables de generación en los que esperan incurrir, teniendo en cuenta:**

a) Para plantas termoeléctricas: el costo incremental del combustible, el costo incremental de administración, operación y mantenimiento, los costos de arranque y parada y la eficiencia térmica de la planta.

b) Para las plantas hidroeléctricas: los costos de oportunidad (valor de agua) de generar en el momento de la oferta, teniendo en cuenta la operación económica a mediano y largo plazo del Sistema Interconectado Nacional. (Resaltado fuera del texto).

Cuando se presentan aislamientos forzados entre regiones por los atentados de orden público a las redes de transmisión, la única energía que queda disponible es la de los generadores cuyas plantas se encuentran ubicadas en la región, lo cual los pone coyunturalmente en una posición dominante; sumado al hecho de que por disposición de la Ley 143 de 1994, Artículo 31, los generadores pueden ofrecer libremente el precio de su energía, existe la posibilidad de que los generadores que fueran requeridos por el sistema en esas condiciones oferten precios superiores a sus costos reales de operación.

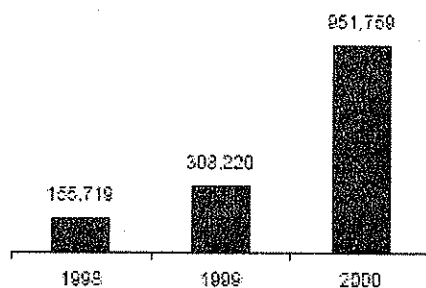
Como es de público conocimiento, durante el año 2000 y los primeros meses del año 2001, se han presentado múltiples ataques a la red de transporte lo que impidió que el costo de las restricciones, considerado marginal bajo condiciones de operación normal del sistema, pasara a ser uno de los principales costos de dicho sistema.

La siguiente gráfica muestra la evolución del costo de las restricciones en millones de \$ para los años

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

1998, 1999 y 2000, alcanzando un valor de 951,759 millones de \$ para el año 2000, los cuales son trasladados a los usuarios finales.

Costo Restricciones



(...)

Por lo anterior se considera que las condiciones antes señaladas están creando distorsiones en el mercado mayorista, poniendo a unos agentes en posibilidad de controlar el mercado, esto es, en posición dominante.

Un ejemplo sencillo puede ilustrar algunos conceptos¹⁵.

La áreas A y B tienen una demanda de 100 MW cada una, y existen dos generadores GA y GB instalados respectivamente en las áreas A y B, con una capacidad de producción de 200 MW cada uno, y costos variables constantes $CVGA = 10 \text{ \$}/KWh$ y $CVGB = 30 \text{ \$}/KWh$ respectivamente.

¹⁵ Véase al respecto el Documento CREG N° 008 de marzo de 2004. "Evaluación de la evolución del mercado y resultados de la aplicación de la Resolución CREG- 034 de 2001" Folios 1 y ss del Anexo N° 7

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Las áreas A y B están interconectadas por una línea de transmisión que tiene la capacidad de transportar 100 MW.

Dadas las características de la energía eléctrica, un MW producido por el generador GA o por GB no tiene diferencia, es decir uno es sustituto perfecto del otro.

A continuación, se analizarán los costos totales de la operación del anterior sistema cuando se tiene disponible la línea de interconexión.

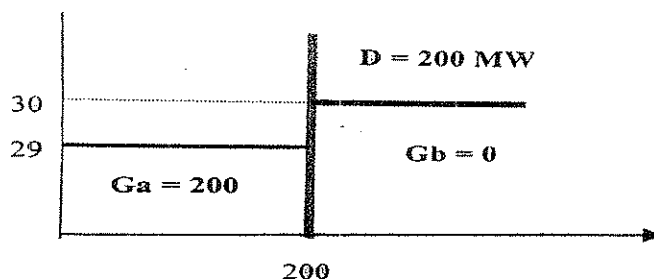
Si maximizando su función de beneficios, el generador instalado en A oferta CVGB-1, es decir, un punto menos que el costo variable del generador GB y el generador instalado en B oferta a CVGB, es decir su propio costo variable se tendría:

Generador	Precio de oferta \$/KWh	Capacidad MW	Costo Variable CV \$/KWh
Ga	29	200	10
Gb	30	200	30

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

De lo anterior se obtiene que para atender una demanda de 200 MW, 100 para el área A y 100 para el área B, el generador GA despacharía los 200 MW para atender la demanda de las dos áreas por tener el menor precio de oferta y el generador GB no despacharía nada.

El siguiente sería el programa de despacho para cada generador:



El generador GA despacharía 200 MW para atender la demanda total a un precio de 29 \$/KWh y el generador GB no despacharía ningún MW. En este caso el sistema se vería enfrentado a un costo total:

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

$$200 \text{ MW} * 29 \text{ \$/KWh} = 5.800 \text{ \$/MWh}^{16}$$

Ahora, considerando el sistema anterior pero para el caso en el cual la línea que interconecta los sistemas A y B se encuentra indisponible, como ocurre en el caso de las voladuras de las torres de energía, se obtienen los siguientes resultados:

En este caso el generador GA tiene una demanda fija de 100 MW correspondiente a la demanda del área A por la cual no puede competir el generador instalado en el área B, y a su vez el generador instalado en B enfrenta una demanda fija de 100 MW que no puede ser atendida por el generador ubicado en A; es decir, no existe incertidumbre en el despacho, y existe posición dominante de cada uno en el mercado por estar en un monopolio dentro de su respectiva área.

En la situación arriba descrita el precio de oferta de cada uno de los generadores corresponderá al que maximiza su beneficio y no guarda relación con sus costos

¹⁶ Un MW es igual a 1000 KWh por tanto 200 MW equivalen a 200.000 KWh que multiplicados por 29 \\$/KWh dan como resultado 5.800.000 \\$/KWh, lo que significa que el precio total de los MW resulta de dividir 5.800.000 \\$/KWh entre 1000 = 5800 que sería el precio total de los MW

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

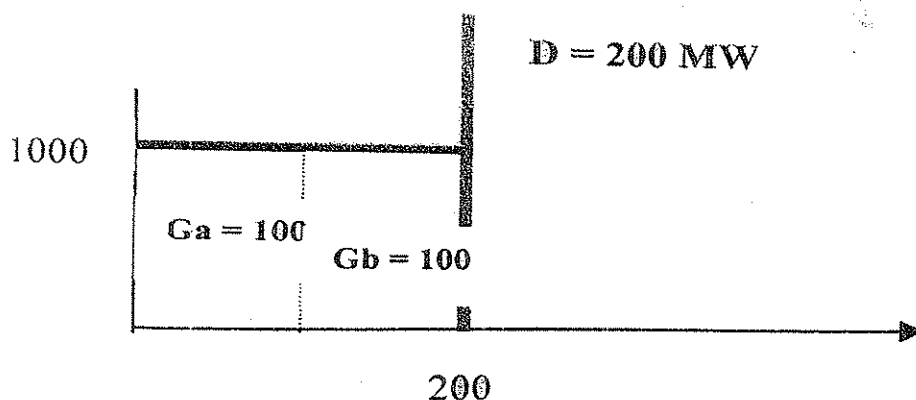
variables, es decir, para el caso de una demanda inelástica¹⁷, como es la de la electricidad, en el corto plazo ambos generadores podrían ofertar cualquier precio al mercado y vender su energía a ese precio. Para el siguiente ejemplo se supondrá que ambos generadores deciden incrementar su oferta de la siguiente manera:

Generador	Precio de oferta \$/KWh	Capacidad MW	Costo Variable CV \$/KWh
GA	1000	200	10
GB	1000	200	30

De lo anterior se obtiene que para atender la demanda -D- de 200 MW el siguiente sería el programa de despacho para cada generador:

¹⁷ Demanda que se caracteriza porque la variación en el precio de un bien determinado apenas afecta a la variación de la cantidad demandada de ese bien, de forma que queda manifiesta la rigidez de su demanda. En ocasiones esta relación es incluso inexistente, y entonces se habla de total rigidez de la demanda.
<http://www.economia48.com/spa/d/demanda-inelastica/demanda-inelastica.htm>

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ



El generador GA despacharía 100 MW para atender la demanda de la región A y el generador GB despacharía 100 MW para atender la demanda de B, en este caso el sistema se vería enfrentado al siguiente costo total:

$$(100 \text{ MW} * 1000 \text{ \$/KWh}) + (100 \text{ MW} * 1000 \text{ \$/KWh}) = 200.000 \text{ \$/MWh}^{18}$$

Costo total con la línea de interconexión 5.800 \\$/MWh

Costo total sin la línea de interconexión 200.000 \\$/MWh

¹⁸ Un MW es igual a 1000 KWh por tanto 100 MW equivalen a 100.000 KWH que multiplicados por 1.000 \\$/KWh dan como resultado 100.000.000 \\$/KWh, lo que significa que el precio total de los MW resulta de dividir 100.000.000 \\$/KWh entre 1000 = 100.000 que sería el precio total de los MW para cada generador. Como ambos despachan en razón de que no hay línea de interconexión, el costo total es de 200.000 \\$/MWh.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Así, "El sistema enfrenta un sobrecosto considerable debido a la posibilidad real que tiene el agente de maximizar su beneficio a través de la posibilidad de fijar el precio en condiciones de monopolio, enfrentado a una demanda inelástica en el corto plazo, por no estar en una situación competitiva, y claramente no tener un incentivo para ofertar según sus costos variables, sino a un valor de monopolio"¹⁹.

Como puede observarse, la motivación de las resoluciones demandadas obedece a situaciones reales y comprobables que daban lugar a la intervención del regulador para restaurar la competencia. Pruebas de ello son, además de lo anotado anteriormente, las que aparecen en el expediente así:

-Comunicación 0850-2-020604-3²⁰ de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. -ISA- como entidad encargada de las funciones de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC- en respuesta a la solicitud hecha por esta Corporación, donde manifiesta desde diversos puntos de vista, cuando se presentaron los valores máximos históricos así:

¹⁹ Documento CREG N° 008 de marzo de 2004. "Evaluación de la evolución del mercado y resultados de la aplicación de la Resolución CREG- 034 de 2001" Folios 1 y ss del Anexo N° 7

²⁰ Folios 233 a 238 del expediente.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

"Como el mayor promedio diario de restricciones en cada mes, en cuyo caso se obtiene que el valor histórico más alto se presentó en febrero de 2001.

(...)

Como el monto total mensual, en cuyo caso el valor a tomar del valor liquidado de restricciones durante el mes, sin considerar las diferencias entre el número de días de cada mes. En este caso, el mes de septiembre de 2000 (con 30 días) presenta el valor histórico más alto, con una diferencia de 0,11% con respecto a febrero de 2001 (con 28 días).

Como el promedio por unidad de energía de la demanda en el sistema. Para este caso se puede determinar tanto el promedio total, como el valor pagado por los comercializadores, el cual se incluye en el cálculo del Costo Unitario de Prestación del Servicio, base para el cálculo de las tarifas de usuario finales regulados. En ambos casos se obtiene que los promedios históricos más altos corresponden al mes de febrero de 2001..."

-Comunicación 2400.4.2/020605-3²¹ de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. -ISA- como entidad encargada de las funciones de Centro Nacional de Despacho -CND- en respuesta a la solicitud hecha por esta Corporación, donde manifiesta, en relación con el impacto del derribamiento de torres de energía, que:

"Al contar con un menor número de líneas de transmisión disponibles debido a los atentados, se fracciona el Sistema Interconectado Nacional, y se reduce la capacidad de transporte de energía entre las áreas operativas, produciendo dos situaciones importantes:

²¹ Folios 241 a 262 del expediente.

469

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

- En algunas áreas, a pesar de existir un número importante de energía disponible a bajo precio, no se puede generar en su totalidad, porque no se cuenta con la capacidad de transporte requerida para poder evacuar dicha energía.

De esta forma, la incertidumbre del despacho de los generadores se reduce, porque se sabe que, a pesar de tener un bajo precio de oferta, que implicaría estar generando a la capacidad máxima disponible, existe una alta probabilidad de que no se va a generar por falta de los activos de transporte para evacuar la energía. Esto se refleja en una variable del mercado que se conoce como Reconciliación Negativa, mediante la cual los generadores devuelven al mercado el valor de cada MWh de reconciliación negativa, como reconocimiento que la energía que vendieron en la Bolsa de Energía no fue generada realmente por dicho generador.

- En otras áreas, por el contrario, para atender la demanda, se requiere utilizar la generación localizada al interior de dichas áreas, aún su precio de oferta no sea competitivo, dado que la energía de menor precio que se podría generar en otras áreas para atender la demanda, no se puede utilizar por la reducción en la capacidad de los activos de transporte.

La energía necesaria para cubrir la demanda de cada área operativa y para garantizar la seguridad y la calidad en la operación, se conoce como Generación de Seguridad.

La incertidumbre de despacho de los generadores se reduce en estos casos porque se hace necesario cubrir la demanda con la energía disponible al interior del área operativa. El costo de esa Generación de Seguridad se refleja en una variable del mercado que se conoce con el nombre de reconciliación positiva: El valor de cada MWh de reconciliación positiva se le paga a los generadores.

(...)

REF: Expediente núm. 110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

3. Situación del Sistema Interconectado Nacional de la época cercana y/o correspondiente a la expedición de la Resolución 034 de 2001, y los efectos de su fraccionamiento sobre la incertidumbre o certeza en el despacho real así como en el atrapamiento de energía de algunos generadores. ELCND precisará detalladamente si esta situación aumentó o disminuyó la incertidumbre en el despacho o atrapamiento de los recursos de generación del Sistema Interconectado Nacional respecto de las condiciones de operación normal de dicho sistema.

La predecibilidad del despacho de los generadores depende en gran medida del estado de la red que, al verse afectada por los atentados a su infraestructura, reduce la incertidumbre en el despacho de éstos como consecuencia del fraccionamiento del sistema en varias islas eléctricas.

Para el período enero a abril de 2001, época cercana a la fecha de expedición de la Resolución 034 de 2001, el promedio de circuitos indisponibles fue de 29 por mes, lo que pone en evidencia el grado de fraccionamiento del Sistema Interconectado Nacional en este momento(...).

-Cuadro sobre la evolución mensual en pesos de la reconciliación positiva, esto es, lo que se paga a los generadores, cuando es necesario utilizar la generación localizada al interior de un área, aún su precio de oferta no sea competitivo, dado que la energía de menor precio que se podría generar en otras áreas para atender la demanda, no se puede utilizar por la reducción en la capacidad de los activos de transporte²².

²² Folio 251 del expediente.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

En este cuadro se muestra como la cifra correspondiente a reconciliaciones positivas en los meses de febrero y marzo de 2001 (152.311.003.481 y 128.274.950.219 respectivamente) corresponden a los valores más altos pagados por ese concepto entre enero de 2001 y julio de 2003.

-Cuadro sobre el precio promedio ponderado de energía en Bolsa Nacional²³ en pesos corrientes por KWh, durante el año 2001 así:

Fecha	\$/KWh
Enero-01	70.82
Febrero-01	87.14
Marzo-01	72.76
Abril-01	67.27
Mayo-01	50.41
Junio-01	43.32
Julio-01	40.04
Agosto-01	39.44
Septiembre-01	45.86
Octubre-01	47.50
Noviembre-01	39.39
Diciembre-01	34.89

²³ Folio 268 del expediente.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Este cuadro muestra que los precios más altos por KWh en la Bolsa de Energía se presentaron en los meses de enero febrero y marzo de 2001.

-Cuadro sobre la evolución mensual de la magnitud y del precio promedio de reconciliación positiva por Generación de Seguridad Fuera de Mérito que en lo pertinente muestra:

Fecha	Magnitud KWh	\$/KWh
Enero-01	904.183.325	110.54
Febrero-01	1.149.542.645	132.50
Marzo-01	1.201.734.750	106.74
Abril-01	1.090.474.767	77.91
Mayo-01	943.309.722	71.15
Junio-01	901.784.718	72.62
Julio-01	977.686.105	67.45
Agosto-01	996.332.399	60.44
Septiembre-01	827.752.143	65.69
Octubre-01	941.286.687	57.94
Noviembre-01	882.835.145	69.85
Diciembre-01	897.587.003	59.24

Como puede observarse, el mayor valor por KWh en materia de reconciliación positiva se pagó entre enero y marzo de 2001. A partir de allí, pese a que las magnitudes en KWh de mayo, julio, agosto y octubre de ese año fueron superiores a las de enero de 2001, el valor promedio del KWh fue inferior a las de ese mes.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

- Testimonio de la doctora Carmenza Chaín Álvarez,
 Directora Ejecutiva de la Comisión de Regulación de
 Energía y Gas para la época de la expedición de los actos
 acusados donde señala:

"(...) Durante el año 2000, y el primer trimestre del
 año 2001 se presentaron una serie de ataques
 guerrilleros contra la infraestructura eléctrica en
 especial, sobre las torres que hacen parte del
 sistema de transmisión nacional como resultado de
 estos atentados el sistema interconectado nacional
 se fraccionó teniendo como consecuencia el
 fraccionamiento del mercado, la competencia en el
 mercado mayorista de electricidad se basa en la
 existencia de una red de transmisión suficiente y
 confiable para permitir que los agentes compradores
 y vendedores realicen todo tipo de transacciones con
 restricciones mínimas, sin embargo, la voladura de
 torres impedía que estas transacciones se efectuaran
 en un contexto competitivo, como resultado de lo
 anterior la CREG comenzó a hacer un seguimiento
 detallado del comportamiento de los precios en la
 bolsa de energía, para poner un ejemplo, entre el
 antes de los atentados y el después de los atentados
 cabe mencionar que cuando imperaban las condiciones
 operativas normales el costo de la generación de
 seguridad forzada llegó a representar el 60 por
 ciento del despacho diario de energía en Colombia y
 su costo alcanzó el nivel de los 5000 millones de
 pesos diarios, para todos los técnicos de la CREG
 era evidente que se hacía necesario una intervención
 en el mercado no competitivo es decir, en el mercado
 de las generaciones forzadas; se tomó una primera
 decisión con la expedición de la Resolución 26 de
 2001, que tenía como objetivo claro evitar brotes
 especulativos por parte de los agentes que producto
 del fraccionamiento de la red en reserva para que

492

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

los agentes no tuvieran certeza acerca de si iban a ser despachados o no iban a ser despachados y tomaran sus decisiones en materia de precios de oferta basados exclusivamente en su estructura de costos incrementales. Con posterioridad a la expedición de esta norma, la CREG se reunió con ALCOFIN gremio en el que participan casi la totalidad de los generadores del sistema interconectado nacional para explicarles las motivaciones de la norma y advertirles que la CREG no permitiría la especulación en la situación anormal de operación que se estaba presentando en el sistema, se continuó haciendo un seguimiento en detalle de los precios de oferta de los agentes y se concluyó que la norma expedida era insuficiente para racionalizar los precios de oferta de los agentes, es por ello, que muy rápidamente se expide una segunda norma que es la resolución 034 de 2001, cuyo objeto es absolutamente claro en el sentido en que únicamente interviene los precios de oferta de la generación no competitiva en el mercado, es decir, la norma permite que los agentes competitivos sigan realizando sus transacciones como normalmente se hacen, en tanto que, la generación forzada con posición dominante y monopolística fue intervenida." (Negrilla fuera del texto)

A la pregunta sobre si consideraba que los costos de operación y mantenimiento de la totalidad de las plantas térmicas a gas que hacen parte del sistema interconectado nacional son iguales? Respondió:

"No, no deben ser iguales, deben haber diferencias entre los costos de operación de las turbinas a gas de ciclo abierto frente a las turbinas a gas de ciclo combinado".

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Indagada sobre la razón por la cual en la resolución 034 se reconocía un mismo valor para todas las plantas térmicas a gas contestó:

"En primera instancia, porque la señal que da el regulador es remunerar costos eficientes y evidentemente entre una tecnología y otra hay unos costos que son mas eficientes que otros, sin embargo, teniendo en cuenta que algunas plantas podrían argumentar que dada su tecnología y en condiciones de operación eficiente podrían presentar costos mayores se expidió una circular el mismo día en que se emitió la resolución 034 y esa circular invitaba a los agentes generadores a que tuvieran o encontraran diferencias entre su estructura de costos eficiente y entre lo que estaba fijando la CREG debían aportarle a la comisión la información suficiente para que este organismo pudiera ajustar cualquier imprecisión contenida en la norma citada. Esta circular ha llamado mucho la atención de distintas instancias porque la interpretan como si la CREG estuviera emitiendo una resolución sin ningún fundamento técnico y media hora después de expedirla estuviera buscando estos argumentos técnicos, pero esta es una interpretación errónea de esa circular, lo que sucedió y esto se puede hablar con el gerente del Centro Nacional de Despacho es que en el momento en que se expidió la norma el precio de bolsa estaba por encima de los 90 pesos por kilovatio hora y era claro que con ese precio de bolsa se podía (sic) remunerar los costos incrementarse de cualquiera de las tecnologías del parque conectado al sistema interconectado nacional, eso quiere decir que mientras los precios de bolsa estuvieran en esos niveles cualquier imprecisión en los costos que se fijaban en la resolución 034 era irrelevante, sin embargo, sabíamos que una vez terminada la estación de verano, esto es con posterior (sic) al 30 de abril del año 2001 cuando se esperaba que los precios en bolsa redujeran su nivel iba a ser absolutamente relevante tener una aproximación precisa a los costos variables de las distintas unidades del sistema esto quería decir que la CREG tenía entre el 13 de marzo y

493

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

el 30 de abril de 2001 para hacer ajustes a los costos variables que se habían fijado en la 034".

Esta misma respuesta la dio la testigo cuando se le pidió que explicara cuál fue la razón para que la CREG solicitara información de los costos de producción de las plantas térmicas de manera posterior a la adopción de los costos eficientes de producción en la resolución 034 de 2001.

-Testimonio de José David Montoya Salas funcionario de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, experto en el asunto objeto de este proceso, precisó:

" (...)en el caso de la generación se implementó un mercado donde los precios son formados mediante las fuerzas de la oferta y la demanda, lo que se conoce como el mercado de energía liberalizada, esto parte del supuesto que entre los generadores existe un grado de competencia aceptable para poder que ese precio sea un precio eficiente, este grado de competencia solamente se logra en la medida en que exista un sistema de transmisión nacional que permita que todos los agentes generadores puedan entregar energía a cualquier usuario en cualquier región del país, lo que sucedió durante el año 2000 e inicios del 2001 fue que se intensificó los atentados contra la infraestructura de transmisión de energía provocando que las regiones quedaran aisladas y que los generadores que estaban ubicados en estas regiones no enfrentaran ninguna competencia y por lo tanto adquiriría una condición de monopolio y que particularmente dada la poca respuesta que tiene los usuarios de energía a las variaciones en el precio les permitiera incrementar las ofertas de precio que hacían al mercado causando esto que la

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

generación de seguridad que normalmente costaba setenta y cinco millones de dólares en el 2001 costaron quinientos cuarenta 540 millones de dólares. El costo total de prestación del servicio por kilovatio en Bogotá está costando, en la actualidad, 226 pesos de los cuales 77 pesos corresponden al costo de generación es decir, el costo de producir la energía, dadas las condiciones de indisponibilidad del sistema de transmisión nacional durante el año 2000, y los primeros meses del año 2001 los generadores empezaron a incrementar el precio llegando a realizar ofertas en algunos casos de 2800 pesos por kilovatio cuando vimos que el costo total escasamente alcanza los 226 pesos, entonces dada esta situación la CREG procedió a expedir la resolución 26 que buscaba racionalizar el comportamiento de los agentes generadores del mercado y como resultado de esta resolución lo que se obtuvo fue un nuevo incremento en los precios de oferta por lo tanto, se expidió la Resolución CREG 034 que remunera mediante costos variables y no mediante precios de oferta a los generadores que cumplen o que proveen generación de seguridad fuera de mérito.

(...) como ejemplo de los comportamientos que se presentaban en el mercado mayorista en ese momento me voy a referir a una de las gráficas, la que obra en el anexo número 2 en el folio 48, en la cual se ve el comportamiento del precio de la oferta de un generador en el precio de oferta de un generador hidráulico durante el año 2000 y año 2001, como vemos en esa gráfica el generador cuando se enfrenta a un mercado competitivo realiza ofertas al mercado eficientes y cercanas al precio de equilibrio de ese mercado pero cuando queda en posición monopólica o posición dominante su oferta se multiplica por diez sin que exista razón que lo justifique, dados esos comportamientos se evidenció que bajo estas circunstancias el mercado no estaba operando eficientemente y por lo tanto se expidió la resolución CREG 034, adicionalmente es importante aclarar que todos estos sobre costos son asumidos por el usuario vía tarifaria.

(...)

Bajo un esquema como el adoptado en el mercado de energía colombiano, los generadores deberían

674

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

realizar al mercado de energía mayorista una oferta que refleje los costos variables de generación, como dicha situación no se estaba presentando la resolución CREG 034 determina para cada una de las diferentes tecnologías de regulación, los costos variables eficientes que deben ser reconocidos lo cual es una aproximación al resultado de un mercado en el cual existiera un grado de competencia aceptable, los costos variables de generación de cada una de las tecnologías se determinaron utilizando la información disponible en la unidad de planeación minero energética UPME la cual hace revisiones de costos de generación tanto nacionales como internacionales y determina cuales deberían ser dichos costos eficientes...

Al ser interrogado sobre si la resolución 034 de 2001 reconoce los costos eficientes en que se incurre por la generación de energía, el señor Montoya Salas manifestó:

Efectivamente, la resolución CREG 034 reconoce los costos eficientes ya que estos fueron determinados considerando estándares tanto nacionales como internacionales y que son usados dentro de la planeación de la expansión del sistema de generación y adicionalmente, como se evidencia en mis respuestas anteriores, son superiores al precio del mercado que en principio obedece a las fuerzas de oferta y demanda y por lo tanto podrían considerarse eficientes, implicando esto que la 034 incluso reconoce un margen adicional sobre los costos eficientes de generación en un mercado de energía competitiva.

En un nuevo testimonio el señor José David Montoya Salas²⁴ manifestó:

²⁴ Folios 376 a 390 del expediente.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

PREGUNTADO: Dado que las medidas de la Resolución CREHG 034 de 2001 tenían un carácter temporal como se señala en los considerandos"...Las cuales serán aplicables mientras se restablecen en normal funcionamiento del Sistema Interconectado Nacional y del mercado Mayorista" Considera usted que ya se superaron y porque las causas que dieron origen a dicha medida. CONTESTÓ: La aplicación CREG 034 se da para los casos en los cuales existe generación de seguridad la cual en su mayoría están asociados con restricciones del sistema de transmisión nacional es decir, que cuando una planta de generación es requerida para cubrir generación de seguridad las condiciones que motivan la resolución CREG 034 están presentes y por el contrario, cuando dichas restricciones no existen la planta debe competir en el mercado de energía mayorista y la Resolución CREG 034 no aplica. La Resolución 034 está asociada con generaciones de seguridad que se presentan sólo cuando dichas causas están presentes. No siendo otro el objeto de la Diligencia se da por terminada y en constancia se firma por quienes en ella han intervenido, previa lectura y aprobación.
(Negrilla fuera del texto)

-Testimonio de Luis Alejandro Camargo Suan²⁵, ingeniero que al momento de la recepción del testimonio se desempeñaba como Gerente de Mercadeo de Energía Mayorista de ISA quien preguntado sobre los efectos de la voladura de torres sobre el mercado mayorista de energía en los meses previos a la expedición de la resolución 034 señaló:

Los atentados terroristas sobre la infraestructura de transmisión eléctrica tienen efecto directo sobre el funcionamiento del mercado de energía mayorista(...)por un lado, ponen en riesgo la atención de la demanda y afectan la calidad del servicio...De otro lado, desde

²⁵ Folios 406 a 413 del expediente.

REF: Expediente núm. 110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ



el punto de vista de las transacciones comerciales, los atentados reducen la generación competitiva disponible en el mercado.

-Testimonio rendido por el Doctor Javier Barona Palacio²⁶, ingeniero electricista, trabaja en la Escuela Colombiana de Ingeniería, quien participó en un estudio contratado por la Superintendencia de Servicios Públicos con la Universidad Nacional.

Lo que nosotros observamos en el comportamiento en el mercado mayorista durante ese período es que algunos de los agentes generadores aprovechando las circunstancias de las restricciones en el sistema causadas básicamente por los atentados guerrilleros contra la infraestructura eléctrica (voladura de torres, daño de líneas, etc.), estaban incrementando injustificadamente los precios de oferta de la generación, como ejemplo, para no mencionar en especial ninguno, cuando se volaba una torre y una región estaba aislada el generador de la zona aumentaba el precio de oferta y era indispensable comprarle a él porque ya no había quien pudiera suministrar esa energía, pues abusaba de su posición dominante que le daba el hecho y de igual manera, el que pueda generar pero su energía no puede ser transportada la ofrecía baratísima para que tuviera que ser programada por mérito dentro de la generación del mercado y entonces se ganaban la reconciliaciones del hecho, obteniendo también un beneficio abusivo, eso fue lo que encontramos además que las restricciones llegaban a un 40% de la generación total del país bajo un esquema de restricción.

(...)

²⁶ Folios 465 a 474 del expediente.

REF: Expediente núm. 110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Cuando se ideó el mercado mayorista para Colombia se pensó que deben generar aquellas personas que hagan una mejor oferta de precio y bajo ese modelo opera el mercado o sea la oferta más baja es la que se programa, sin embargo, y quien tenía el derecho a generar, sale de la generación por un daño técnico y como el sistema hay que mantenerlo operando en ese momento hay que recurrir ya no a la planta generadora más barata sino a la planta generadora disponible técnicamente, esto es lo que se llama generación bajo restricción, y en este caso había que pagarle al generador que ingresa con el precio que él había propuesto así sea muy alto...

-Testimonio de Pablo Hernán Corredor²⁷, Ingeniero Electricista, que se desempeñaba como Gerente apoderado de la parte demandada.

PREGUNTADO: Explique al despacho los efectos de la voladura de torres de conducción eléctrica en relación con la operación del sistema interconectado nacional. CONTESTÓ: Las voladuras producen limitaciones en la capacidad de transporte del sistema interconectado nacional produciendo restricciones para la generación necesaria para atender la demanda llevando a extremos de dividir eléctricamente la red en varias áreas.

(...)

PREGUNTADO: Informe testigo si, cuando existen restricciones en las redes por voladuras de torres, el centro nacional de despacho puede determinar anticipadamente y con certeza cuáles plantas van a ser requeridas por generación de seguridad. CONTESTÓ: Como dije anteriormente, con las voladuras y en general con las restricciones de la red de transmisión se disminuye la incertidumbre de despachos de generación pudiendo llegar a condiciones en las cuales dada las mismas restricciones de la red

²⁷ Folios 416 a 420 del expediente.

496

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

de transmisión se pueda predecir con anticipación, con un alto nivel de certidumbre la generación de seguridad fuera de mérito que se necesita ser despachada. PREGUNTADO: Informe si en estos casos los generadores también pueden determinar anticipadamente cuáles plantas serán requeridas por generación de seguridad y por qué razón. CONTESTÓ: igual que para el CND, para los generadores a medida que la red tiene más restricciones o que está fraccionada la incertidumbre en su despachabilidad se reduce pudiendo en casos extremos tener una alta certeza de los generadores que van a cubrir la seguridad fuera de mérito.

(...)

PREGUNTADO: De qué orden considera usted que son las generaciones de seguridad en condiciones de una red que pueda definirse como normal en el país. CONTESTÓ: de un orden aproximado las generaciones de seguridad podrían estar alrededor del 10 al 15% de la demanda diaria. PREGUNTADO: Durante los años 2000 y 2001 el país vivió una intensificación en los atentados terroristas contra la infraestructura eléctrica, podría decirnos aproximadamente el número de circuitos que se encontraban indisponibles durante el período octubre de 2000 a mayo de 2001. CONTESTÓ: En forma aproximada esto pudo oscilar entre 15 y 30 circuitos indisponibles. PREGUNTADO: Teniendo en cuenta la situación que se presentaba en los meses de octubre de 2000 a mayo de 2001 en relación con el porcentaje de la demanda diaria que se debía atender de qué orden de magnitud fueron las generaciones de seguridad que calculó su despacho para esos meses. CONTESTÓ: En promedio en forma aproximada estuvieron por encima del 40%.

(...)

PREGUNTADO: Teniendo en cuenta la respuesta que el testigo dio según la cual para los generadores era también posible prever la despachabilidad con alta certeza, hasta el punto a que "en casos extremos" esa certidumbre pueda ser mayor se le pregunta al testigo a que se refiere con la expresión casos extremos y si es posible dar un ejemplo de ello. CONTESTÓ: Casos

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

extremos es cuando está fraccionada la red y en áreas determinadas es necesario despachar la generación del área para atender la demanda, por ejemplo, Si el sistema de Norte de Santander sufre atentados y para poder atender la demanda de Norte de Santander solamente es posible con la planta instalada en ese sitio, la generación de seguridad de esa planta para ese caso extremo sería igual a la demanda pronosticada para el área.

Adicionalmente, obran en el expediente pruebas de que la conducta de varios actores en el mercado mayorista de energía fue contraria a los postulados de la libre competencia.

De hecho la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios impuso sanciones a varias empresas, porque los precios ofertados en Bolsa de Energía para los días 19, 27 y 28 de enero y 2, 4, 18, 19 y 20 de febrero de 2001 no alcanzaron a cubrir los costos variables, esto es, fueron inferiores a dichos costos considerados mínimos para los generadores, tal como se señaló en la Resolución CREG 055 de 1994, como puede observarse, entre otras, en las siguientes resoluciones:

Resolución 000236 de 23 de enero de 2004, mediante la cual se sanciona a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN EPM.²⁸

²⁸ Anexo N° 7

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Resolución 000281 de 29 de enero de 2004, mediante la cual se sanciona a TERMOCANDELARIA S.C.A. ESP.²⁹

Resolución 000682 de 13 de febrero de 2004, mediante al cual se sancionó a FLORES II & CIA LTDA S.C.A. E.S.P. Y FLORES III & CIA LTDA S.C.A. E.S.P.³⁰

Resolución 000738 de 17 de febrero de 2004, mediante la cual se sancionó a TERMOCARTAGENA S.A. E.S.P.³¹

Resolución 000742 de 17 de febrero de 2004, mediante a cual se sanciona a CORELCA S.A. E.S.P.³²

La situación anterior a la Resolución CREG 034 de 2001 también mostraba distorsiones en el mercado como puede observarse en las siguientes decisiones adoptadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios:

En la Resolución 003260 de 23 de julio de 2003 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

²⁹ Anexo N° 7

³⁰ Anexo N° 7

³¹ Anexo N° 7

³² Anexo N° 7

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

advierte la existencia de prácticas concertadas al encontrar que BETANIA, al igual que ocho generadores más, el 27 de junio de 1999: de la hora 10 a la hora 24 ofertaron un precio exactamente igual de 25,70042 \$/KWh determinando el precio de bolsa; en el período 06 de febrero/00 a 6 de marzo/00 BETANIA cotizó 34.14 \$/KWh durante el 18% de las horas ofertadas, coincidiendo en muchas de ellas con la cotización más baja de las térmicas (en este caso EBSA con su planta térmica PAIPA IV) y conjuntamente con varios generadores hidroeléctricos³³; en el mes de febrero de 2000 "se encontró que durante 128 horas (es de resaltar que la oferta era horaria) BETANIA y otros generadores ofertaron un precio de 34.14 \$/KWh, determinando el precio de bolsa. Como un ejemplo puntual, se trae el 28 de febrero de 2000, de la hora 6 a la hora 19, doce (12) plantas generadoras ofertaron exactamente 33.80 \$/KWh. Estas fueron EPS (Alto y bajo Anchicayá), BETANIA, EMGESA (Guavio), EEPPM (Guatapé, Guatrón, Playas), ISAGEN (Jaguas, San Carlos), y EBSA con sus plantas térmicas II y IV, en consecuencia, determinaron el precio de bolsa.

³³ En este período el costo de oportunidad del agua estimado por ISA fue prácticamente cero.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

En dicha Resolución Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios manifestó que "no puede convenir que diferentes plantas de generación hidroeléctrica, con costos variables distintos y una percepción de incertidumbre y riesgo absolutamente subjetivas como a lo largo y ancho de los descargos menciona el apoderado, concuerden en ofertar los mismos precios, para los mismos períodos y equiparándolos en algunos casos a los de las térmicas, teniendo como resultado la determinación del precio de bolsa".

En la Resolución 003264 de 23 de julio de 2003 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sancionó a la empresa EPSA S.A. E.S.P. por conductas realizadas en los siguientes períodos: 10 a 30 de septiembre de 1999, 15 de enero a 29 de febrero de 2000 y 10 de agosto a 10 de septiembre de 2000, constitutivas de prácticas concertadas mediante las cuales se fijó el precio de bolsa en esos lapsos.

En dicha resolución la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios advierte que "[e]s reconocido que la generación en el país está concentrada en pocas

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

empresas, aunque el grado de concentración ha disminuido. Así tenemos como en 1996, seis empresas concentraban el 82% de la capacidad efectiva de generación (10.601 MW); en 1999, 8 empresas concentraban el 82% de esta capacidad (11.592 MW); y, en 2000, 10 empresas concentraban el 81,83% de la misma (12.684 MW)".

En la Resolución 003265 de 23 de julio de 2003 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sancionó a la empresa ISAGEN S.A. ESP por conductas realizadas en los siguientes períodos: 10 a 30 de septiembre de 1999, 20 de mayo a 20 de junio de 2000 y 10 a 15 de agosto de 2000, constitutivas de prácticas concertadas restrictivas de la competencia y por no reflejar los costos variables al momento de ofertar.

En esta Resolución destaca la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que "entre menor sea el precio de oferta frente al precio de bolsa, mayor es el ingreso neto adicional IREC que recibe el generador por efecto de la reconciliación negativa. De donde se desprende la necesaria conclusión de que para los períodos que se relacionan en el pliego de cargos, ISAGEN

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

S.A. ESP, al ofertar precios que resultaron inferiores a los costos variables considerados como mínimos para los generadores, aumentó sus ingresos en forma injustificada ya que la regulación no permite ofertar por debajo de los costos variables".

Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir, sin lugar a dudas, que no existió falsa motivación en las resoluciones atacadas.

5.- Proporcionalidad de las decisiones frente a los hechos que les sirven de causa.

La Sala considera que deben hacerse algunas precisiones en cuanto al reproche planteado por el demandante en el sentido que: (i) en las normativas acusadas existe falta de proporcionalidad de las decisiones frente a los hechos que les sirven de causa y (ii) la Resolución CREG 0034 de 2001 no reconoció costos fijos con el argumento de que existen otros mecanismos en el mercado que permiten tal recuperación, pero no todas las plantas perciben ingresos por tales mecanismos, y ello puede llevar a pérdida a dichas empresas lo cual, a juicio del actor, es una medida desproporcionada, circunstancia que en el mediano

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

y largo plazo colapsará la actividad de generación, por insuficiencia financiera de las empresas, afectando la restación del servicio, como lo advierte el Contralor General de la república en el editorial de la Revista Economía Colombiana No. 285, de agosto de 2001, denominado "Muy cerca de Apagón".

En primer lugar, como lo afirma la entidad demandada, el artículo 85 de la Ley 143 de 1994, el riesgo inherente a la explotación del negocio de la electricidad debe ser asumido íntegramente por cada actor en el mercado, por lo cual no corresponde a la CREG garantizarlo.

En segundo lugar, desde la Resolución 055 de 1994 los generadores deben ofertar según sus costos variables, por lo cual es claro que el mercado fue diseñado en ese sentido y no para recuperar los costos fijos a través del precio de bolsa. Adicionalmente, como lo ha subrayado Borenstein, los costos fijos no forman parte del costo marginal y por tanto son irrelevantes para la empresa cuando adopta decisiones de corto plazo³⁴.

³⁴ Borenstein Severin, "Understanding Competitive Pricing and Market Power in Wholesale Electricity Markets" Agosto de 1999 University of California Energy Institute.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

De hecho el diseño del mercado mayorista de energía incluyó las operaciones que se realizan en el mismo como los contratos de energía a largo plazo; los contratos de energía en la bolsa y la prestación de servicios asociados de generación de energía a la empresa de transmisión nacional para asegurar el cumplimiento de las normas sobre calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de electricidad. Además está el Cargo por Capacidad³⁵, mediante el cual se remunera parcialmente los costos fijos, basado en costos de eficiencia y aportes de firmeza al sistema en condiciones de hidrología crítica.

Adicionalmente, en un mercado competitivo, no necesariamente toda la capacidad en una industria es suficiente para cubrir sus costos fijos en un mercado desregulado. Algunos generadores pueden tener que salir del mercado porque no son capaces de cubrir sus costos de operación. Ello puede ocurrir porque esos generadores no

³⁵ El cargo por capacidad fue creado mediante la Resolución CREG 01 de 1996 y las reglas aplicables para el cálculo, remuneración, recaudo, conciliación, liquidación, facturación y vigencia de dicho cargo se determinaron mediante la Resolución CREG 116 de 1996, y el pago de dicho cargo estaba vigente al momento en que se expidieron las resoluciones demandadas.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

son ~~no~~ suficientemente eficientes para ser viables en un mercado competitivo, o porque hay demasiada capacidad en el mercado y algunas empresas deben salir para que las demás puedan mantenerse en el mercado en un proceso competitivo de oferta y demanda³⁶.

Así lo reconoció el estudio realizado por la CREG en el año 2004, al señalar que:

En un mercado de energía competitivo, la decisión de producción de corto plazo es ajena a la estructura de costos fijos, es decir estos son irrelevantes para el generador al momento de ofertar su precio de bolsa.

Sin considerar la condición anterior, se ha creado una interpretación incorrecta, afirmando que los generadores que solo son remunerados en el mercado de corto plazo a su costo variable, están en incapacidad de recuperar sus costos fijos y que por lo tanto dicha remuneración no es adecuada. Además de la renta inframarginal cuando esta se aplique, es claro que los costos fijos de una inversión se deben recuperar en el largo plazo.

El precio de largo plazo de un mercado competitivo debe ser suficiente para recuperar la totalidad de costos de generación incluyendo tanto la totalidad de los costos fijos como la rentabilidad implícita en el mercado, ya que si el precio de largo plazo del mercado no es suficiente para recuperar los costos fijos, los inversionistas no tomarán la decisión de construir nuevas instalaciones, permitiendo que en un momento del tiempo el punto de equilibrio del mercado sea suficiente para dar la señal económica

³⁶ Borenstein Severin, Bushnell James and Knittel Christopher L., "Market Power in Electricity Markets: Beyond Concentration Measures" febrero de 1999, University of California Energy Institute.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

correspondiente y remunerar los costos fijos de una expansión. En esta situación la valoración de una inversión se debe realizar comparando el valor presente de los precios de largo plazo menos el valor presente de los precios de corto plazo.

De otra manera, si el precio marginal del largo plazo del mercado permite recuperar mas que los costos fijos, esto será una señal para la entrada de nuevos competidores, lo cual resultará en un precio de corto plazo más bajo igual al costo variable de una tecnología mas eficiente.

De lo anterior se concluye que en un mercado competitivo los generadores no están en capacidad de recuperar más que sus costos fijos y la rentabilidad implícita del mercado, lo cual no se puede confundir con el hecho de que ante ciertas condiciones del mercado, como una sobreinstalación o una demanda depimida, existirán generadores que no podrán recuperar sus costos fijos y eventualmente deberán abandonar el mercado cuando el precio de largo plazo sea inferior a sus costos totales, no siendo esto un problema del mercado de energía ni de la regulación existente, sino un riesgo inherente a la participación en el mismo.

(...)

La remuneración de costos fijos de generación es obtenida mediante las señales de precios del mercado en un horizonte de largo plazo, para lo cual no se requiere la existencia de poder de mercado, ni su ejercicio en los mecanismos de fijación de precios de corto plazo

(...)

Dadas las condiciones de la oferta de energía existente en el mercado colombiano, la cual es predominantemente hidráulica, la CREG estableció en el año 1996, un cargo de capacidad que busca remunerar parcialmente los costos fijos del generador que brinda confiabilidad al sistema bajo condiciones de hidrología crítica y eficiencia económica. Este concepto, el cual representa un ingreso anual para

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

los generadores cercano a los US\$ 500 millones por año, puede significar en algunos casos el 40% del valor anual del negocio de generación. Este ingreso no es garantizado y depende de diversas variables tanto de los agentes como del mercado, tales como las condiciones de eficiencia relativa, la demanda, la expansión, la disponibilidad de las plantas, el costo de los combustibles, el clima y la hidrología, entre otros³⁷.

En este orden de ideas encuentra la Sala que la decisión adoptada por la CREG no tenía por que considerar los costos fijos de los generadores y que, como lo ha demostrado el tiempo transcurrido y contrario a lo que predijeron el demandante y la Contraloría General de la República en el editorial de la Revista Economía Colombiana No. 285, de agosto de 2001, denominado "Muy cerca de Apagón" la actividad de generación no colapsó.

Adicionalmente, como lo afirma el Ministerio Público, el testimonio de José David Montoya³⁸, da cuenta la adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas en los actos administrativos impugnados, así:

"(...) Si bien no existe información de ofertas en condiciones de competencia para la totalidad de los

³⁷ Documento CREG N° 008 de marzo de 2004. "Evaluación de la evolución del mercado y resultados de la aplicación de la Resolución CREG- 034 de 2001". Folios 1 y ss del Anexo N° 7.

³⁸ Folios 376 a 390 del expediente.

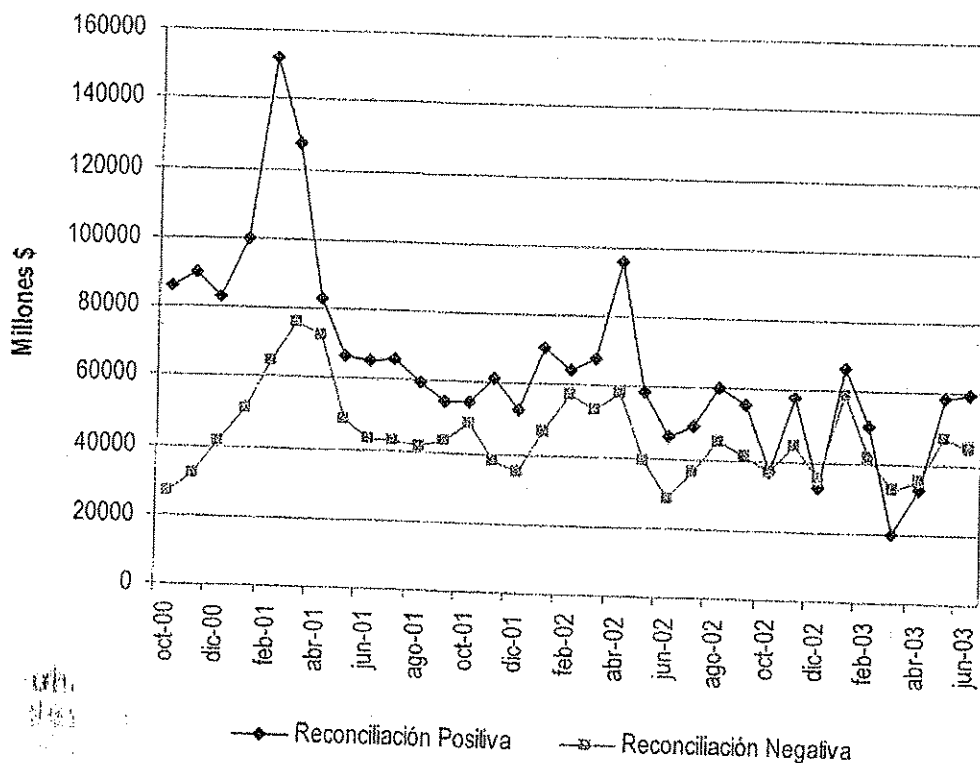
REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

generadores, la información disponible permite establecer que la Resolución Creg- 034 de 20001, remunera adecuadamente la generación de seguridad, y dicha remuneración, es en estas condiciones, superior a los costos marginales de los generadores (...).

La remuneración recibida por los agentes generadores por concepto de generación de seguridad es muy superior a la remuneración que perciben los generadores que no tienen generación de seguridad asignada y que deben competir en la bolsa."

Por el contrario, estudios posteriores realizados por la Unidad Minero Energética UPME han mostrado como, por efecto de la resolución y la disminución de los atentados contra la infraestructura disminuyeron los costos de las reconciliaciones como lo muestra la siguiente gráfica:

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
 Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ



Evolución del Costo de las Reconciliaciones³⁹

Como se observa en la gráfica anterior, después del pico de febrero de 2001, el valor de las reconciliaciones tanto positivas como negativas disminuyó en términos generales.

De esta manera, no prospera tampoco el cargo conforme al cual existió falta de adecuación de los motivos frente a los fines buscados por la ley y falta de proporcionalidad

³⁹ "Plan de Expansión de Referencia 2003 - 2012" Unidad de Planeación Minero Energética -UPME- Bogotá D.C. Diciembre de 2004.
<http://www.simec.gov.co/Portals/0/Documental/1039.pdf>

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

de las decisiones frente a los hechos que les sirven de causa.

6.- Incompetencia de la CREG para establecer responsabilidades.

Considera el actor que la Resolución CREG- 034 de 2001 invadió el ámbito de competencia del legislador, al establecer una responsabilidad que la CREG no estaba facultada para definir.

En este punto la Sala coincide con el criterio del Ministerio Público y de la parte demandada, pues no encuentra que del texto de la Resolución 034 de 2001 se derive la violación de los artículos 1604 y 2341 del Código Civil y 29 de la Constitución Nacional, ni que se haya invadido el ámbito de competencia del legislador, fue quien definió el régimen de responsabilidad del deudor, así como la órbita de la rama judicial.

El Artículo 1604 del Código Civil, que se encuentra en el Título XII "Del efecto de las obligaciones" del Libro Cuarto del Código citado prevé:

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Artículo 1604.—El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

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

Por su parte, el artículo 2341 del Código Civil, que se encuentra en el TÍTULO XXXIV "Responsabilidad común por los delitos y las culpas" del Libro Cuarto de esa normatividad, prescribe:

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

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Las normas anteriores establecen, la primera la imposición de unas determinadas cargas probatorias en el campo de la responsabilidad contractual, y la segunda, define en forma general la responsabilidad civil extracontractual, que exige una conducta del demandado que en ocasiones debe ser culposa, un daño y que ese daño sea causado por la conducta del agente⁴⁰.

Por su parte, la norma atacada de la Resolución CREG-034 de 2001 prescribe:

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

Cuando un generador declare para el despacho horario una disponibilidad igual a cero (0) y su precio de oferta sea inferior al Costo del Primer Segmento de Racionamiento y la unidad y/o planta de generación sea requerida por el CND para cubrir una generación de seguridad, si la planta y/o unidad de generación se encuentra indisponible y las autoridades competentes determinan que su indisponibilidad no es justificada, el agente será responsable por los

⁴⁰ Tamayo Jaramillo Javier Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II Bogotá D.C., Legis, 2007.

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

perjuicios derivados del racionamiento causado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueda tomar posesión de la empresa de conformidad con el artículo 59.1 de la Ley 142 de 1994".

La lectura atenta de los preceptos transcritos lleva a la Sala a concluir que la norma demandada de la Resolución CREG 034 de 2001, no establece una responsabilidad nueva sino que se limita a aplicar las normas del Código Civil, al señalar que en caso de existir conductas que, a juicio de las autoridades competentes, resultan injustificadas, que provoquen un racionamiento de energía, y si dicho racionamiento causa perjuicios, éstos deben ser indemnizados por el generador responsable de la conducta dañina. Ello implica que se deben cumplir los siguientes presupuestos: (i) debe existir una conducta del generador, (ii) dicha conducta no puede ser justificada, (iii) un daño y (iv) que ese daño sea causado por la conducta del generador.

Será entonces el juez competente quien establezca en cada caso concreto la existencia o no de responsabilidad, competencia que la Resolución CREG 034 de 2001 no varía, por lo cual no es de recibo para la Sala la afirmación del actor en el sentido que el acto acusado invade o

485

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

usurpa la órbita de los jueces o desconoce el principio de presunción de inocencia consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política.

7.- Violación del principio de irretroactividad de la Ley.

Debe precisarse, porque ello está claro para la CREG conforme lo señala la contestación de la demanda y la argumentación de la Resolución CREG 099 de 2001, que la Resolución CREG-034 de 2001 no desconoce los derechos que tienen los generadores sobre el valor de las restricciones presentadas antes de la vigencia de la última resolución mencionada, restricciones que se liquidan con base en normas vigentes cuando se presentaron, y no con base en la metodología establecida en la Resolución CREG-034 de 2001 para determinar el precio de las mismas.

Así las cosas, no encuentra la Sala razones para aceptar que la resolución CREG- 034 de 2001 esté desconociendo derechos adquiridos, pues el hecho de que la CREG haya modificado las fechas de vencimientos de los montos a

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

pagar por restricciones y a recibir por reconciliaciones, no implica que los valores en si mismos correspondientes a febrero y marzo hayan de regirse por lo establecido en la Resolución 034 de 2001 y no en las normas vigentes para esas fechas.

En este orden de ideas, el cargo no está llamado a prosperar.

Consecuente con lo anterior, debe la Sala denegar las súplicas de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

PRIMERO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.

106

REF: Expediente núm.110010324000 2002 00070 01
Actor: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Se deja constancia de que la anterior providencia fue
leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la
fecha.

E. Elizabeth García González
MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

M. Claudia Rojas Lasso
MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Marco Antonio Velilla Moreno
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

