

LEGITIMACIÓN PARA OBRAR – Concepto / NACIÓN – Representación / MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA – Justificación de su vinculación en proceso sobre temas del sector eléctrico / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – No se configura respecto del Ministerio de Minas y Energía / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – No probada por tener intereses decisivos en la relación jurídica que se debate

[L]a excepción propuesta debe ser desestimada por carecer de fundamento. Esto, debido a que si bien es cierto que según lo previsto por el artículo 149 del CCA en los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto, así como que el artículo 69 de la LSPD estatuyó las comisiones de regulación (entre ellas a la CREG) como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y que en el sub judice se debaten resoluciones adoptadas por la CREG en ejercicio de sus funciones regulatorias, también lo es que según lo expresado en la LSPD y en la LSE al interior de este órgano regulador en particular y del sector eléctrico en general EL MINISTERIO desempeña un papel muy significativo, que justifica a las claras su vinculación en este proceso. [...] En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 21 de la LSE, además de los expertos comisionados, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Nacional de Planeación, la CREG está integrada también por el Ministro de Minas y Energía, quien la preside. Adicionalmente, según lo establecido por el artículo 12 de la LSE, le corresponde definir los requerimientos de calidad, confiabilidad y seguridad que enmarcan la planeación de la expansión del Sistema Interconectado Nacional. De igual forma debe contar, según lo previsto por el artículo 17 de la LSE, con un cuerpo consultivo permanente, conformado por representantes de las empresas del sector energético, del orden nacional y regional y de los usuarios, que deberá conceptuar previamente a la adopción de los planes, programas y proyectos de desarrollo de cada subsector y proponer las acciones pertinentes para garantizar que éstos se realicen de acuerdo con lo establecido en el Plan Energético Nacional. Del mismo modo debe, según las reglas generales fijadas por el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas relacionados con sus competencias (numeral 6) y adelantar su ejecución, lo mismo que orientar, coordinar y controlar a las entidades descentralizadas que se encuentran adscritas a él (numeral 7). En resumen, un cúmulo de responsabilidades frente a la gestión global del sector, en general, y a la adopción de medidas regulatorias como las enjuiciadas, en particular, que fundamentan su interés directo en el asunto que se debate.

FUNCIÓN DE REGULACIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – Importancia / FUNCIÓN DE REGULACIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – Finalidad / COMPETENCIA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – Para definir el criterio de confiabilidad / FUNCIÓN DE REGULACIÓN DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – Respecto del método de cálculo del cargo por capacidad en el mercado mayorista de electricidad

[E]n aras de asegurar el efecto útil de lo previsto por el inciso 2 del literal a) del artículo 23 de la LSE, que impone al órgano regulador tener en cuenta los datos fijados por la UPME al definir la capacidad de generación de respaldo, es que la CREG los consulte y tome en cuenta, de manera que no se desentienda de tal

información, técnicamente elaborada e incorporada en los instrumentos de planificación del sector. Y si por alguna razón estima pertinente apartarse de ellos al ejercitar sus competencias tome dicha referencia como un mínimo. De lo contrario, esto es, de asumir que la CREG podría apartarse siempre a voluntad de los criterios definidos por la UPME, se estaría dejando sin ningún efecto lo dispuesto por el precitado inciso 2 del literal a) del artículo 23 de la LSE. Por este motivo, aumentar la confiabilidad por encima del nivel señalado por los instrumentos de planificación no es per se contrario a lo dispuesto por dicha previsión de la Ley 143 de 1994

TEST DE IGUALDAD – Aplicación / CARGO POR CAPACIDAD - Criterio de hidrología crítica / PRINCIPIO DE IGUALDAD – No vulneración en regulación del método de cálculo del cargo por capacidad en el mercado mayorista de electricidad

Para los demandantes el trato desigual se origina en el hecho de que la serie hidrológica adoptada por la CREG, además de ser irracional y ficticia, subvalora la capacidad de respaldo de las plantas hidráulicas y sobrevalora la firmeza de los agentes térmicos. Al respecto, encuentra la Sala que en ningún momento las resoluciones contemplan un tratamiento diferente para las plantas generadoras térmicas y las hidroeléctricas. Por el contrario, en ellas se prevé el pago del cargo por capacidad a los operadores que acrediten su capacidad de brindar firmeza al Sistema, con independencia del combustible que utilicen. Cosa diferente es que la aplicación de la fórmula prevista por la CREG resulte que son los termogeneradores los que ofrecen una mayor firmeza, dada la mayor vulnerabilidad de las hidroeléctricas a las temporadas de sequía. Pero, como señalan con acierto las contestaciones de la demanda, “ello no deriva de una distinción que haga la resolución, sino de la naturaleza de las cosas: las temporadas de sequía no afectan la capacidad de generación de las plantas térmicas”. El diferente nivel de confiabilidad que se reconoce a cada uno de los operadores no deriva, así, de un trato discriminatorio en sí, sino de la aplicación de la fórmula prevista por el regulador; que mal haría en aplicar una fórmula diferente para cada tipo de operador solo para resguardar intereses patrimoniales particulares. En últimas, como expresó el testigo ALBERTO OLARTE AGUIRRE en su declaración, “la firmeza de una planta de generación está definida no solo por la disponibilidad de su tecnología sino también por la cantidad y oportunidad de obtención de su combustible para generar: agua, gas, carbón, fuel oil”. Siendo esto así, no extraña que si el cargo por capacidad busca medir la firmeza que ofrece una planta en temporadas de hidrología crítica para proteger al Sistema, resulte que las termoeléctricas ofrecen una mayor confiabilidad que las hidroeléctricas. En este orden no sería cierto que exista un trato discriminatorio entre unos y otros operadores; razón por la cual debe rechazarse el cargo de la supuesta vulneración del artículo 13 de la Constitución.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD – Objeto / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD – Inaplicabilidad para el control de reglamentos cuando no existe lesión a un derecho fundamental / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE PONDERACIÓN – Diferencias

[T]oda vez que el principio de proporcionalidad envuelve un concepto relacional, dado que algo no es desproporcionado en sí mismo o aisladamente considerado, la valoración de la proporcionalidad o desproporcionalidad de una determinada medida exige su confrontación frente a otro valor o magnitud, esencialmente, un derecho fundamental que se ve restringido y lesionado en su garantía. Esto, debido a que en últimas, se trata de un instrumento esencial para la defensa de

los derechos fundamentales, que apunta a asegurar que estos solo sean limitados en la medida rigurosamente necesaria. Por lo tanto, supone establecer si las limitaciones impuestas a un derecho en nombre de otro o de un principio o valor rival se encuentran justificadas o no por las bondades o beneficios que trae consigo dicha restricción. De aquí que, como ha resaltado la doctrina, “el principio de proporcionalidad interviene de manera rotunda en el control de reglamentos cuando exista la lesión de un derecho fundamental”. Por ende, y en relación con el segundo aspecto, tal como está planteado, el cargo no puede ser estudiado en su totalidad, toda vez que al no estar en juego la restricción de un derecho fundamental, este principio resulta inaplicable como parámetro de control.

SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL – Remuneración de operadores / SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL – Medidas para brindar mayor confiabilidad / CARGO POR CAPACIDAD – Finalidad / MÉTODO DE CÁLCULO DEL CARGO POR CAPACIDAD EN EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD – Criterio de hidrología crítica

[E]n cuanto a la valoración de la razonabilidad de la medida como vía para controlar una eventual arbitrariedad, no cabe duda de que la finalidad de la hidrología crítica adoptada en las resoluciones atacadas es brindar mayor confiabilidad al SIN y por esta vía lograr objetivos esenciales impuestos por la Constitución y la ley al regulador energético. Con este propósito adopta series hidrológicas críticas observadas en los años de los cuales tiene registro el Centro Nacional de Despacho, es decir, no basadas solo en las condiciones que se presentaron en los años 1991-1992, ni tampoco en condiciones promedio de la hidrología de cada cuenca. Para la Sala no resulta censurable perseguir el objetivo trazado de brindar mayor seguridad y confiabilidad al Sistema. En definitiva, como apunta en su intervención la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, a la vista de lo previsto por el artículo 365 de la Constitución y en los artículos 20 y 23.1 de la LSE, “en esta materia no existe nada más diligente y responsable que propugnar porque todos los habitantes del territorio nacional tengan la posibilidad de disponer de energía eléctrica suficiente”. En últimas, bajo el actual esquema de prestación de los servicios públicos en condiciones de un mercado estatalmente regulado, la responsabilidad primordial del Estado radica en “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (artículo 365 de la Constitución). Y ello implica, naturalmente, garantizar la disponibilidad y calidad del servicio en cualquier momento del año. Por ende, no cabe duda sobre la constitucionalidad del fin perseguido. Respecto a la idoneidad de esta medida para lograr el fin propuesto, el testigo JOSÉ VICENTE GUZMÁN SOSSA explicó en su declaración que “las características de la hidrología utilizada en el método empleado para determinar el cargo por capacidad tienen una implicación directa en los niveles de confiabilidad de la atención de la demanda”. Por ende, a mayor drasticidad de las condiciones definidas, mayor confiabilidad. Y aunque el citado testigo resalta en su declaración que el recurso a una hidrología inusitada en la metodología de asignación del cargo por capacidad puede emitir señales que incidan sobre la instalación de cierto tipo de tecnologías e influir, a la postre, sobre la eficiencia económica de la regulación, admite que ello “permite mejorar la confiabilidad”. Por ende, encuentra la Sala que el medio adoptado para el logro del fin trazado resulta adecuado.

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN – Aplicación en regulación del método de cálculo del cargo por capacidad en el mercado mayorista de electricidad

[E]stima la Sala que si la falta de proporcionalidad o el exceso de la Administración que enrostran las demandas a los actos atacados llegara a radicarse en el hecho

de haber obrado la CREG con una hidrología supuestamente irreal e irracional, pues “no coincide con la constante histórica y natural del país”, el cargo tampoco prosperaría. Esto, debido a que, como señalan las diferentes pruebas obrantes en el expediente, una cosa es establecer una serie hidrológica con fines de protección del SIN y otra definir una predicción hidrológica. Además, el hecho de haberse tomado los datos de períodos de sequía registrados históricamente evidencia que no son ficticios. Como resaltó el testigo ALBERTO OLARTE AGUIRRE en su declaración, aunque la serie hidrológica adoptada no ha tenido lugar, “los valores mensuales como tal sí han sucedido”. Así, que nunca hayan ocurrido en la realidad como secuencia durante 24 meses continuos no permite deslegitimar la opción del regulador por extremar las medidas de protección del Sistema, especialmente ante un evento tan impredecible e incontrolable como el Fenómeno del Niño en las circunstancias actuales de cambio climático. El recurso al principio de precaución en estos eventos, entendido como un insumo valioso para hacer frente y gestionar la creciente incertidumbre reinante en múltiples ámbitos de la realidad actual (como ocurre de manera indiscutida con el clima), resulta legítimo. En últimas, no solo se trata de un principio de raigambre constitucional, que por lo tanto permea todas las decisiones de las autoridades públicas en los distintos campos de la acción pública en los cuales se encuentran en juego intereses colectivos y derechos fundamentales; es además un principio que bajo las condiciones presentes de incertidumbre climatológica y exposición a fenómenos climáticos extremos, encaja perfectamente con el principio legal de continuidad del servicio (artículo 6 de la LSE), en virtud del cual se debe asegurar una prestación del servicio eléctrico sin interrupciones distintas a las programadas.

FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO – Concepto / FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO – Concepto

La motivación del acto hace referencia a las razones fácticas y jurídicas a las cuales atiende la administración para adoptar una determinada decisión. Para que puedan servir de fundamento a un acto administrativo, los motivos de hecho y de derecho a los que responde la autoridad deben ser verdaderos, reales y legales. De modo que allí donde se constata una discordancia entre las razones expresadas y la realidad de las cosas, bien porque ésta se falsea, se distorsiona o se ignora, se configura el vicio de falsa motivación. Lo mismo sucede cuando el ente administrativo realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de esa realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe. De aquí que la Sección Primera haya considerado que “[l]a falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación. [...] Este vicio, entonces, es diferente del otro denominado falta de motivación, que, como ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación, “es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente”. Esto, debido a que mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo suficiente o acorde con la exigencia legal, en contravía de la expresa previsión legal que exige este extremo en la formación de todo acto administrativo como garantía del derecho de defensa del ciudadano y de la controlabilidad del acto en sede judicial, la falsa motivación presenta una realidad diferente, en la cual el acto administrativo sí se motivó, pero con base en razones falsas, irreales o ilegales.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA ECONÓMICA – Aplicación en regulación del sector energético / PRINCIPIO DE EFICIENCIA ECONÓMICA – Restricción / PRINCIPIO DE CONFIABILIDAD – Protección / PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS – En regulación del método de cálculo del cargo por capacidad en el mercado mayorista de electricidad

[R]esulta determinante comprobar si el perjuicio que se ocasiona a la eficiencia económica de la regulación se encuentra justificado por las ventajas que trae consigo la maximización del principio de confiabilidad, pues el detrimento para el país, el sistema económico y la comunidad sería mayor si no se lograra brindar una seguridad en la continuidad del servicio aún en las peores temporadas de sequía que puede traer consigo el Fenómeno del Niño. [...] No obstante, como señaló en su declaración la Señora CARMENZA CHAÍN ÁLVAREZ, la vulnerabilidad que resulta de la dependencia energética de las generadoras hidráulicas “es demasiado costosa en términos económicos para cualquier país”. La experiencia vivida durante los años del racionamiento eléctrico ocasionado por el Fenómeno del Niño de los años 1991 y 1992 son la prueba fehaciente de ello. En la memoria de la sociedad colombiana todavía pervive el recuerdo de aquel episodio, cuyas secuelas negativas fueron tan severas que dieron lugar a que se modificara la legislación y a que la Ley 143 de 1994 tomara la previsión de imponer a la CREG la necesidad de tener en cuenta la capacidad de generación de respaldo como un aspecto esencial de la eficiencia que debía perseguir la regulación energética. No siendo sencilla la ponderación entre el riesgo de un incremento en los precios del servicio en el largo plazo y la garantía de una mayor seguridad, confiabilidad y continuidad en el suministro, dada la falta de pruebas sobre el impacto cierto que tendría sobre los costos de la energía eléctrica y sobre el SIN en general el ajuste realizado a la asignación de los recursos del cargo por capacidad (¿Cuánto costaría? ¿Cuándo se manifestaría esa alza? ¿En qué medida crecería la dependencia del SIN de las termogeneradoras? ¿Qué tan ciertos son los riesgos que ello implica?), y el alto componente de incertidumbre asociado a la llegada de fenómenos climáticos cada vez más extremos e impredecibles como El Niño, a la vista de su razonabilidad, la Sala se inclina por validar la ponderación efectuada por la CREG. En consecuencia, el cargo no prospera.

LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA – En sector energético / CARGO POR CAPACIDAD – Concepto / CARGO POR CAPACIDAD – Finalidad en el sector eléctrico / CARGO POR CAPACIDAD – Metodología de reparto en el Mercado Mayorista de Electricidad / CARGO POR CAPACIDAD – Cálculo / LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA – No vulneración

[N]o aprecia la Sala razones que justifiquen el señalamiento que se hace en las demandas respecto de los supuestos efectos anticompetitivos de las resoluciones atacadas. Por el contrario, de su carácter de mecanismo estabilizador de ingresos de las plantas térmicas bien podrían derivarse efectos positivos para la competencia en el sector (adicionales a los que surte en el frente de la seguridad y la continuidad del servicio). Además, de lo analizado en el caso y de las pruebas obrantes en el expediente parecería forzado derivar una posición de dominio de los ingresos que perciben las plantas generadoras térmicas por concepto del cargo por capacidad (los cuales, dicho sea de paso, ni siquiera son cuantificados por los demandantes), ni menos asumir que ello se traduce además en un abuso de la hipotética posición dominante. Tampoco se allegan pruebas que acrediten o permitan hacer verosímil como los actos atacados promueven o recompensan prácticas restrictivas de la competencia; cómo entrañan una renuncia de la autoridad regulatoria a reprimir esta clase de actuaciones por parte de los

operadores del mercado energético, o cómo representan una ventaja desorbitada que pone a las termogeneradoras en una posición de preeminencia a la hora de competir por el favor del comprador de energía.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 365 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 149 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 59 / LEY 143 DE 1994 – ARTÍCULO 23 / LEY 1151 DE 2007 – ARTÍCULO 67 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 36

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 077 DE 2000 (8 de noviembre) COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG (No anulada) / RESOLUCIÓN 111 DE 2000 (26 de diciembre) COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG (No anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-24-000-2001-00090-01 (ACUMULADO 11001-03-24-000-2002-00122-01)

Actor: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Y OTROS

Demandado: COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS

Referencia: Acción de Nulidad

Referencia: Legitimación en la causa. Documento en idioma extranjero no acompañado de traducción oficial. Concepto y finalidad del cargo por capacidad en el sector eléctrico. Regulación en materia de servicios públicos. Competencia regulatoria de la CREG. Autonomía del regulador. Carácter indicativo de la planificación del sector energético. Diferencia entre principio de proporcionalidad y ponderación. Artículo 36 del CCA e interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de las competencias discrecionales. Principio de igualdad como mandato de trato igual a lo igual y diferente a lo diferente. Test de igualdad. Falsa motivación y falta de motivación. Discrecionalidad del regulador para definir la tensión entre principio de eficiencia económica de la regulación y principios de seguridad, confiabilidad y continuidad del servicio. Proceso de ponderación entre valores en conflicto. Libre competencia en la Constitución y en el ámbito de los servicios públicos

Los ciudadanos **JUAN CARLOS HENAO PÉREZ** y **CARLOS UMAÑA TRUJILLO**, quien obra en su propio nombre y las sociedades **EMGESA S.A**, **CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE BETANIA S.A. E.S.P.** y **CHIVOR S.A. E.S.P.**, a través de sus representantes legales, presentaron demanda ante esta Corporación, tendiente a que se declare la nulidad de las Resoluciones 077 de 8 de noviembre y 111 de 26 de diciembre de 2000, **a través de las cuales se modificaron algunas disposiciones contenidas en la Resolución CREG-116 de 1996**, expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante CREG).

I.- ACUMULACIÓN DE PROCESOS

A través de proveído de 13 de febrero de 2006, visible a folios 775 a 778¹, se acumuló el proceso núm. **2002-00122-01 al radicado bajo el núm. 2001-00090-01**, habida consideración de que estaban sujetos al mismo trámite, en única instancia, ante esta Corporación; las pretensiones impetradas podrían acumularse o formularse en una misma demanda; la parte demandada era la misma: La Nación – Ministerio de Minas y Energía –Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.

II.- FUNDAMENTOS DE HECHO DE LAS DEMANDAS

Los solicitantes señalan, en síntesis, lo siguiente:

II.1.- Expediente núm. 2001-00090-01

Solicitan como pretensión de su demanda que se declare la nulidad de las Resoluciones 077 y 111 de 2000, expedidas por la CREG, en los apartes subrayados en el acápite de actos administrativos impugnados².

¹ Del expediente núm. 2001-00090-01.

² Folio 50 del Cuaderno I.

Para tal efecto, señalan que el 28 de noviembre de 1996 la CREG expidió la Resolución 116, ***“Por la cual se precisa el método de cálculo del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad y se aplaza su fecha de entrada en vigencia”***, y, en su artículo 3°, enuncia como objeto *“establece[r] las reglas aplicables para el cálculo, remuneración, recaudo, conciliación, liquidación, facturación y vigencia de un Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de electricidad”*³.

Agregan que, el Anexo 1 de esta resolución fue modificado el 8 de noviembre de 2000 por la Resolución 077 y luego, el 26 de diciembre de 2000, por la Resolución 111 de la CREG.

Aducen que, según el literal a) del artículo 16 de la Ley 143 de 11 de julio de 1994⁴ (en adelante LSE⁵), es responsabilidad de la CREG valorar la capacidad de generación de respaldo según los criterios que establezca la Unidad de Planeación Minero Energética (en adelante UPME) en el plan de expansión definido. Esta variable (la capacidad de generación de respaldo) está incorporada dentro de la Capacidad de Remuneración definida en el artículo 4° de la Resolución 116 de 1996 de la CREG.

Sostienen que, la UPME fijó en el Plan de Expansión Referencia Generación-Transmisión 1998-2010 como criterio de confiabilidad una probabilidad del 95% para atender la demanda.

³ Folio 23 ídem.

⁴ “por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”.

⁵ Ley del Sector Energético.

Que a pesar de lo anterior, como se evidencia en el Anexo A de las Resoluciones demandadas, *“la CREG emplea básicamente una hidrología artificial y ficticia por la forma en que la crea. La CREG, de cada uno de los bienios que definió en la resolución CREG111-2000 –aquellos en los que ocurrió un fenómeno del Niño, seleccionó el peor mes hídrico, mes a mes, para asignarlo a cada uno de los 24 meses de los dos años que integran la serie, formando una serie de dos años artificial, como ya se dijo. La serie resultante de tal ejercicio es hidrológicamente irracional y no hay motivo alguno para creer que pueda representar una posible secuencia de aportes reales”*⁶.

Indican que, al tomar esta serie como base de sus decisiones, *“la CREG distorsionó el criterio de confiabilidad del 95% definido por la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME”*⁷.

Que el sustento de estas modificaciones lo ha encontrado la CREG en conceptos y fórmulas contenidas en la LSE, así como de las Resoluciones 001 y 116 de 1996, 113 de 1998, 47 y 59 de 1999 y 029 de 2000, que, en su criterio, le otorgan la facultad para esa clase de decisiones. *“Entre los conceptos y términos citados por la CREG se encuentran los siguientes: asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos; crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente capaz de abastecer la demanda; definir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía; determinar las condiciones para la liberación gradual del mercado hacia la libre competencia; lograr una mejor forma del cumplimiento de los objetivos legales previstos con el mencionado cargo; mejorar la aplicación y cálculo del cargo por capacidad; reflejar señales necesarias*

⁶ Folio 24 ibídem.

⁷ Folio 25 ejusdem.

para la sostenibilidad del Sistema Interconectado Nacional a largo plazo y, permitir en un futuro cercano una posible transición hacia un esquema de mercado para la asignación del Cargo por Capacidad”⁸.

Fundamentan, en síntesis, los cargos de violación así:

Señalan como vulnerados por los actos administrativos acusados los artículos 13 de la Constitución Política; 23, literal a), inciso 2º, de la Ley 143 de 1994; y 36 del CCA.

- Violación del inciso segundo del literal a) del artículo 23 de la Ley 143

Afirman que, al dictar las resoluciones demandadas, la CREG ignoró que según lo prescrito por el inciso 2º del literal a) del artículo 23 de la LSE expedir este tipo de actos presupone sujetarse a los criterios técnicos establecidos por la UPME. En su concepto, “[s]e trata del desconocimiento de norma de carácter imperativo, que obliga a la CREG a respetar las directrices técnicas establecidas por el Ministerio de Minas y Energía – UPME, en cuanto determinantes de la política del sector, razón por la cual los actos administrativos se encuentran viciados de nulidad por violar las disposiciones a las cuales se encontraba sujeta la decisión”⁹.

Sostienen que, la expedición de los actos demandados debió haber respetado, entre otros criterios, “el de confiabilidad del 95% señalado por la UPME en el Plan de Expansión Referencia Generación – Transmisión 1998 – 2010, que en su tenor literal afirma que, “con el empleo de un modelo de planeamiento largo plazo (SUPER / OLADE BID), se plantean y analizan diferentes estrategias que podrían satisfacer la demanda esperada en el sistema, con los siguientes supuestos:

⁸ Folio 25 ídem.

⁹ Folio 40 ídem.

garantía de los criterios de confiabilidad (95%) y seguridad como el VERE (1.5%) y VEREC (3.0%)”¹⁰. Lo contrario, como sucede como consecuencia de las resoluciones acusadas, pone en riesgo el abastecimiento de la demanda de energía; que según el referido plan de expansión de la UPME permite solo un déficit de energía de apenas un 5% de los casos de simulación. Esto se debe a que la CREG tomó como referencia para la modificación del Anexo 1 “un criterio de confiabilidad de más de 99.9% (...) Esta afirmación encuentra sustento en el hecho de que la CREG utiliza una serie hidrológica sintética, que ignora el comportamiento histórico registrado estadísticamente y el conocimiento científico y, en cambio, recoge las condiciones climáticas más dramáticas de los fenómenos del niño ocurridos en el período analizado”¹¹.

Resaltan que, al adoptar una serie hidrológica irreal, como lo acreditan distintos estudios, por asumir que la secuencia natural climática equivale a lo peor de cada uno de los fenómenos del Niño de los últimos 50 años, se distorsionan los resultados que se obtienen, de forma tal que no se respeta el mandato técnico e imperativo contenido en el Plan de Expansión. Ello, resulta en un porcentaje del 99.9%, que excede el de 95% referenciado por la UPME como máximo para la valoración de la capacidad de respaldo de generación, criterio esencial de acuerdo con lo establecido por el artículo 23 de la LSE.

- Violación del artículo 36 del CCA

Indican que, si bien es cierto que la facultad de la CREG para valorar la capacidad de respaldo de generación de energía es discrecional, también lo es que el ejercicio de esta potestad debe darse en el marco de lo previsto en la Constitución y la ley, so pena de incurrir en una actuación arbitraria viciada de nulidad.

¹⁰ Folio 40 ibídem.

¹¹ Folio 41 ejusdem.

Destacan que, al haberse escudado la CREG en el uso de conceptos jurídicos indeterminados como fundamento de la modificación efectuada, “se impone al regulador la estricta aplicación del artículo 36 del CCA, según el cual la decisión discrecional “debe ser adecuada a los fines que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Tal valoración, según el texto del artículo 23 ya citado (norma de carácter imperativo por el interés general involucrado), debe necesariamente respetar los criterios señalados por la UPME en el Plan de Expansión, entre estos el de confiabilidad”¹². En últimas, esta Unidad es el ente competente por atribución legal expresa para desarrollar y proyectar las políticas del Ministerio de Minas y Energía referentes al sector eléctrico.

Aducen que, según lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1162 de 2000, las Comisiones de Regulación deben ejercer sus facultades regulatorias con arreglo a “la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área (para el caso UPME – Ministerio de Minas y Energía)”¹³.

Reprochan que, además de ir en contravía de lo señalado por la UPME, las decisiones atacadas resultan desproporcionadas, toda vez que “equivale[n] a diseñar bajo las condiciones de peor escenario, lo cual tiene enormes consecuencias económicas. Tal proceder supone, por ejemplo, diseñar un edificio para resistir un sismo de magnitud 10, cuya probabilidad de ocurrencia es tan extremadamente remota que solo se contempla teóricamente, lo que haría injustificadamente excesivo su costo”¹⁴. Y agregan que, justamente esto fue lo que hizo la CREG en los actos demandados: “tomó una serie hidrológica irracional tan

¹² Folio 43 ibídem.

¹³ Folio 44 ídem.

¹⁴ Ídem.

extrema como diseñar el edificio para el sismo de 10 grados, desconociendo de esta manera el claro contenido del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo”¹⁵.

Explican que, para que resultara proporcional, la decisión de la CREG “tenía que fundarse en una hidrología que respetara la coherencia histórica y natural a la cual debía aplicársele el criterio de confiabilidad establecido por la UPME en el Plan de Expansión. Si se tiene presente que la CREG agravó las condiciones de hidrología respecto de su curso natural e histórico, al aplicar el criterio de confiabilidad fijado por la UPME, se obtiene un resultado abruptamente excesivo –al punto de que dicho criterio pasó del 95% a uno muy próximo al 100%”¹⁶.

Afirman que al obrar de tal modo se distorsionó la planificación del sector, pues se terminó por asignar una remuneración por capacidad de respaldo “que no se compadece con el régimen histórico de lluvias y el consecuente comportamiento natural de los embalses”¹⁷.

- Violación al derecho a la igualdad

Manifiestan que, al haber definido los parámetros para el cálculo del cargo por capacidad valiéndose de una serie hidrológica ficticia que distorsiona la capacidad de generación de respaldo, apartándose de lo señalado por la UPME, la CREG vulnera el derecho a la igualdad amparado por el artículo 13 de la Constitución Política. Esto, debido a que “al considerar una hidrología crítica que desborda excesivamente el mismo método probabilístico en el que la CREG dice fundarse, el resultado del cálculo del Cargo por Capacidad deviene en trato discriminatorio,

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Folios 44-45 ejusdem.

¹⁷ Folio 45 ídem.

que no diverso, entre los generadores térmicos y los hidráulicos”¹⁸. Trato que carece de una justificación objetiva y razonable y que originó “el privilegio de una específica tecnología de generación de energía sobre la otra, cuando de lo que se trataba era –según los artículos 20 y 23 de la Ley 143 de 1994- de crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética capaz de abastecer la demanda, mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos y promoviendo y preservando la competencia”¹⁹.

Citan un estudio técnico anexo a la demanda, en el que se afirma que con el cambio de reglas “la CREG ha beneficiado a los generadores térmicos y al mismo tiempo ha afectado negativamente a los generadores hidráulicos (...) la CREG inconscientemente ha aumentado la prima de riesgo que se le anexa a las futuras inversiones en Colombia y, además, ha sentado un precedente peligroso. Las consecuencias de este cambio inesperado en las reglas puede llevar a mayor inversión en las unidades térmicas, cuando las hidráulicas podrían ser más lógicas y económicas. Una segunda consecuencia, puede ser que va a haber más dependencia en la generación térmica, lo que también implicaría mayores costos en el futuro. Una tercera consecuencia, y bastante más seria, podría ser que los inversionistas privados, especialmente los extranjeros, preferirían no volver a participar en futuras inversiones en Colombia, debido a su régimen regulador, arbitrario e incierto”²⁰.

II.2.- Expediente núm. 2002-00122-01

Solicitan la nulidad parcial de las Resoluciones 077 de 8 de noviembre de 2000, ***“por la cual se modifican algunas disposiciones contenidas en la Resolución***

¹⁸ Folio 47 ídem.

¹⁹ Folios 45-46 ídem.

²⁰ Folio 49 íbidem.

CREG-116 de 1996", y 111 del 26 de diciembre de 2000, **"Por la cual se modifican algunas disposiciones contenidas en la Resolución CREG-111 de 1996"**, dictadas por la CREG.²¹.

A folios 78 a 83 del cuaderno principal (Expediente núm. 7876 de 2002), la demanda señala como antecedentes fácticos relevantes de esta controversia circunstancias de hecho muy similares a las reseñadas por los demandantes en el proceso radicado núm. 2001-00090-00, expuestas *ut supra*. Por ende, la Sala se remite a ellas.

Fundamentan, en síntesis, los cargos de violación así:

Señalan como vulnerados por los actos administrativos acusados los artículos 13, 29, 83, 209, 333 y 365 de la Constitución Política; 3°, 4°, 6°, 7°, 12, 20, 23, literal a) y 33 de la Ley 143; y 36 del CCA²².

- Violación del inciso segundo del literal a) del artículo 23 de la Ley 143.

En términos muy semejantes a los expuestos por los demandantes en el proceso radicado bajo el núm. 2001-00090-01, los actores consideran que al haber expedido los actos impugnados en relación con la valoración de la capacidad de generación de respaldo la CREG *"ignoró perentorias disposiciones del inciso segundo, literal a) del artículo 23 de la ley 143 de 1994, que le exigía como requisito previo y esencial, para proferir este tipo de actos, sujetarse para la valoración de la capacidad de generación de respaldo a los criterios establecidos por la UPME. Se trata del desconocimiento de una norma de carácter imperativo y de obligatorio cumplimiento, que obliga a la CREG a respetar las directrices*

²¹ Folio 53 Cuaderno principal del Expediente 2002-00122.

²² Folio 84 ídem.

técnicas establecidas por el Ministerio de Minas y Energía – UPME, en cuanto determinantes de la política del sector”²³.

Resaltan que, “los criterios de confiabilidad y seguridad establecidos por la UPME en los planes de expansión antes señalados [en referencia al plan de expansión 1998-2010], vulnerados por la CREG, fueron impuestos por el legislador en la medida en que obligó a la CREG (en forma directa como autoridad reguladora) a cumplirlos para valorar la capacidad de generación de respaldo, de tal manera que nada justifica su desconocimiento por la CREG, pues es la misma Ley 143 de 1994 la que expresamente le otorga los efectos vinculantes de orden público y de imperativo cumplimiento a dichos criterios para efectos de valorar la capacidad de generación de respaldo”²⁴.

Manifiestan que, la serie hidrológica que definió la CREG en las resoluciones cuestionadas es incoherente, pues no reconoce la verdadera capacidad de respaldo de las hidroeléctricas, ya que desconoce la capacidad de almacenamiento de cada uno de los embalses y las bases técnicas y científicas con las que se determina el comportamiento real de los ríos, incluso en condiciones de hidrología crítica. En su criterio, la CREG *“manipula una serie de datos hidrológica (sic) artificial de manera artificial, que ignora el comportamiento histórico registrado estadísticamente y el conocimiento científico y, en cambio, irracionalmente recoge las condiciones climáticas mensuales más dramáticas para cada mes en cada río de los Fenómenos del Niño ocurridos en el período analizado”²⁵.*

²³ Folio 84 ídem.

²⁴ Folio 85 ibídem.

²⁵ Folio 86 ejusdem.

Resaltan que, la CREG incurre en una contradicción al tomar datos mensuales para definir una serie hidrológica crítica, pero acepta la periodicidad anual del fenómeno del niño; todo lo cual resulta *“ilegal y arbitrario”*²⁶, pues ni consulta lo previsto por la UPME ni tiene un fundamento científico sólido.

Enfatizan en que la serie adoptada por la CREG es artificial y ficticia, ya que en cada uno de los bienios definidos se seleccionó el peor aporte hídrico, mes a mes, para asignarlo a cada uno de los 24 meses de los dos años que integran la supuesta serie. En concepto de los demandantes, esto equivale a que para valorar la capacidad de pago de una persona *“no se toman sus ingresos anuales sino que se selecciona durante toda su historia bancaria (50 años), los meses en los cuales esta persona tuvo su menor saldo, no importando que dichos saldos sean escogidos de diferentes años, de tal forma que necesariamente se incurre en una valoración errónea de su capacidad de pago. Esto significa que si sus ingresos fueron críticos, por ejemplo, durante enero de 1990, febrero de 1993, marzo de 1997 y así sucesivamente hasta completar un periodo de un año construido con los peores saldos mensuales, el resultado necesariamente, después de unir esta serie de datos, será que a la persona se le negará el crédito solicitado”*²⁷. Esto, dicen, conduciría a la necesaria negación del préstamo. Precisan que, esto se adecua al caso planteado, *“en la medida en que para los fenómenos del Niño existe una correlación temporal entre los caudales de un mes a otro del mismo año, rompiendo la secuencia lógica de la serie si se toman los valores de cada mes más críticos de diferentes años”*²⁸. Y apuntan que la serie de datos hidrológicos adoptada por la CREG es de imposible ocurrencia y su toma en consideración arroja un resultado distorsionado, con unos criterios de confiabilidad

²⁶ Folio 87 ídem.

²⁷ Folios 87-88 íbidem.

²⁸ Folio 88 ídem.

y seguridad diferentes a los fijados por la UPME en el Plan de Expansión y se apartan de lo prescrito por el literal a) del artículo 23 de la LSE²⁹.

- Falsa motivación

Expresan que las resoluciones demandadas fueron expedidas “*con fundamento en consideraciones de hecho que no tienen sustento cierto, serio y debidamente comprobado*”³⁰. Esto, debido a varias razones:

- La motivación equivocada de los actos demandados, ya que los fundamentó erróneamente en los hechos ocurridos durante el fenómeno del Niño 97/98, sin que ello se expresara de manera adecuada en el *corpus* de la motivación de los actos. Así, aunque el motivo principal de su expedición fue que durante el Niño 97/98 las plantas térmicas asumieron la generación de más del 50% de la energía que se consume, solo les fue asignado el 30% del cargo por capacidad, ello no figura como tal en la motivación de las resoluciones. En ella simplemente se señala que las decisiones adoptadas obedecen a que ha “*analizado la experiencia del último periodo del Niño*”³¹, con lo cual se omiten detalles esenciales para su posterior control.
- La CREG no explica cómo se mejora el cálculo del cargo por capacidad, ni las razones para los cambios de series hidrológicas, ni los motivos que soportan las series de hidrología crítica, ni las razones por las que adoptó dicha serie hidrológica.
- Omite tomar en consideración que lo ocurrido en el Niño 97/98 tiene que ver con que producto de la intervención sobre los niveles mínimos operativos de las hidroeléctricas, se impidió a estos generadores operar sus embalses

²⁹ Folio 89 *ibídem*.

³⁰ Folio 91 *ídem*.

³¹ Folio 93 *ejusdem*.

libremente. La CREG no tuvo en cuenta que fruto de su regulación, se inmovilizó un volumen de agua equivalente a 4690 GWh.

- Desconoce que *“la asignación del cargo por capacidad, en un período determinado, no es razón suficiente para expedir actos administrativos de carácter general que regulan un aspecto tan importante como el cargo por capacidad”*³².
- Ignoró lo ocurrido en las anteriores asignaciones del cargo por capacidad, en las que el aporte de firmeza de los hidrogeneradores fue significativamente mayor que el de los térmicos.
- Es equivocado, por inútil e innecesario, remunerar la confiabilidad de cada planta, para impulsar un mercado competitivo, sobre la base de la adopción de una hidrología crítica como la que adoptó la CREG, a nivel de río y no de sistema, por cuanto *“la valoración de la firmeza propia de cada planta la realiza directamente cada agente para elaborar su oferta”*³³. Lo cual se hace más dudoso si se tiene en cuenta que a la fecha no existe seguridad sobre cuándo se adopte el mercado competitivo y sin que, además, exista una relación directa y necesaria con el cambio realizado. *“No es posible que se mantenga en el ordenamiento jurídico un acto que se expidió para preparar una posible transición hacia un esquema de mercado para la asignación del cargo por capacidad, lo cual es un hecho incierto y por lo tanto no hay relación alguna entre la motivación del acto y el fin de la existencia del mismo”*³⁴.
- Es falso que el cambio realizado haya mejorado el cálculo y la aplicación del cargo por capacidad, puesto que ni la metodología, ni el procedimiento, ni los programas utilizados para su cálculo cambiaron; solo se modificó la serie hidrológica.

³² Folio 94 ibídem.

³³ Folio 95 ejusdem.

³⁴ Ídem.

- Resulta *“inaudito e inaceptable”*³⁵ que la CREG haya expedido los actos demandados sin haber realizado antes un estudio profundo del tema y sus implicaciones, pues se basó en un análisis superficial como el contenido en el documento CREG 097 de 2000 y solo con posterioridad a su expedición ordenó efectuar un estudio hidrológico serio, del cual, afirma, no se conocen resultados finales.

- Desconocimiento del derecho a la igualdad y neutralidad

Sostienen que, la CREG vulnera la igualdad por cuanto ha dado un tratamiento desigual y desproporcionado a los operadores hidráulicos en relación con el dado a los agentes térmicos. Esto, debido a que *“ha otorgado un tratamiento perjudicial a los agentes hidráulicos como es el caso de la demandante y ha favorecido a los agentes térmicos al sobrevalorarse su capacidad de generación de respaldo”*³⁶. En su criterio, pese a que el cargo por capacidad debe ser remunerado de manera proporcional a la firmeza que ofrezca cada operador al sistema, en el presente caso ello ha sido así, toda vez que a partir de la serie hidrológica adoptada sin un fundamento técnico ni científico apropiado, se subvalora la capacidad de respaldo de la demandante y se sobrevalora la firmeza de los agentes térmicos.

Afirman que, la CREG subvalora los aportes de los ríos al embalse y además subvalora la capacidad de almacenamiento que tiene el embalse. Esto lleva a que se subestime la capacidad de respaldo que ofrece CHIVOR al sistema, *“por cuanto la CRT calculada a partir de los actos impugnados es menor 37.15% que la CRT para la vigencia 1999-2000 inferior al resultado de una corrida hecha por CHIVOR con hidrología 1991-1992”*³⁷.

³⁵ Folio 96 ibídem.

³⁶ Folio 98 ejusdem.

³⁷ Folio 102 ibídem.

Reprochan que, la CREG haya puesto en duda la disponibilidad de combustible (agua) de los generadores hidráulicos con base en *“una serie de datos hidrológica (sic) irracional, ficticia y arbitraria”*³⁸, y que en ningún momento haya aplicado criterios similares para valorar la disponibilidad de combustible de los agentes térmicos. Esto, debido a que *“no ha exigido certificación de la existencia de contratos de suministro de combustible que muestren la capacidad real de generación de estos agentes (...) y tampoco se ha valorado correctamente la capacidad de transporte de gas natural, pues actualmente existen graves restricciones en los gasoductos que impiden el transporte de combustible desde los campos de extracción a las plantas térmicas que lo utilizan para su generación”*³⁹. E indican que *“resulta del todo ilógico que para valorar la disponibilidad de una planta térmica únicamente se tenga en cuenta la máquina como tal y no el combustible con el cual la máquina funciona”*⁴⁰. Consideran que este doble rasero se traduce en discriminación, toda vez que no brinda el mismo tratamiento a los operadores del mercado.

Manifiestan que, es *“inexplicable, y carece de todo fundamento legal, que la CREG presuma la buena fe de los generadores térmicos al no exigirles certificación de la existencia o entrega de los contratos de suministro y transporte de combustible, y por otro lado presuma la mala fe de los generadores hidráulicos al predeterminarles una hidrología crítica incoherente, exagerada y desproporcionada, como si presumiera de una vez la mala fe de los hidráulicos en la medida en que no confía en la información que podría ser entregada por éstos relacionada con la hidrología crítica particular que cada uno considerara*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ídem.*

⁴⁰ Folio 102 ejusdem.

*pertinente, ni en la información que reposa en el Centro Nacional de Despacho de ISA*⁴¹.

- Violación del principio de eficiencia consagrado en los artículos 365 de la Constitución; 2°, 11.1, 73 y 74.1 de la Ley 142 de 1994; 4°, 6°, 12, 20, 23, literal a), inciso 1°, 33 y 66 de la Ley 143 de 1994

Expresan que a partir de la expedición de la Constitución de 1991 y de las leyes 142 y 143 de 1994, el principio de eficiencia se torna en principio fundamental de la prestación de los servicios públicos, toda vez que *“de su aplicación y efectividad depende la adecuada satisfacción de la demanda de energía”*⁴². Por ende, debe ser respetado por la CREG en el ejercicio de sus competencias regulatorias, tal como lo imponen el artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994 y los artículos 4°, 6°, 12, 20, 23, literal a), inciso 1°, 33 y 66 de la Ley 143 de 1994.

Definen la eficiencia como *“la relación que existe entre la cantidad de recursos que se emplean para producir un bien o servicio, y la cantidad de bien o servicio que se logra; un proceso productivo es más eficiente que otro si, con la misma cantidad de recursos obtiene mayor cantidad del bien o servicio que se desea”*⁴³.

Manifiestan que al regular el cargo por capacidad la CREG no tuvo en cuenta este principio, pues no se ajustó a los criterios constitucionales, legales y técnicos a los que está sometido su diseño. Así, pese a que el documento CREG 097 de 2000 señaló la necesidad de revisar y modificar el escenario hidrológico contenido en la Resolución CREG 116 de 1996 por uno que refleje las características generales de El Niño, la CREG se apartó de esta previsión y *“adoptó una hidrología arbitraria que no representa la realidad de un evento extremo de sequía en el sistema*

⁴¹ Folio 013 ídem.

⁴² Folio 104 ejusdem.

⁴³ Ídem.

*interconectado nacional (...) Esta hidrología, implementada arbitrariamente por la CREG, afecta la eficiencia de la asignación del cargo por capacidad, por cuanto no valora correctamente la verdadera capacidad de generación de las plantas hidráulicas, al disminuir artificialmente su capacidad de generación. En términos simples, la hidrología adoptada no refleja las características generales de los eventos del Niño como lo refleja la 097 de 2000*⁴⁴. Por ende, trasluce una administración ineficiente de los recursos, toda vez que “*se disminuye artificial e ilegalmente sin justificación alguna la capacidad real de respaldo de los agentes hidráulicos, como es el caso de la demandante, y, por el contrario, se sobre remunera a los agentes térmicos al asignarles una capacidad de respaldo inexistente o significativamente mayor a la real*”⁴⁵. Esta situación resulta ineficiente, porque impide lograr una oferta eficiente, ya que da señales equivocadas sobre la instalación de plantas que no requiere el sistema, cuya sobre instalación termina por generar más costos al sistema y por no permitir un aprovechamiento eficiente de los recursos eléctricos disponibles; algo que, en su criterio, afectará al sistema a mediano y largo plazo.

- Infracción de los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994 y 23 y 27 de la Ley 143 de 1994

Indican que, con el cambio regulatorio efectuado, la CREG desestimula la inversión en el sector, lo cual resulta crítico por ser este un medio para asegurar una oferta energética eficiente. El incentivo negativo reducirá la oferta energética, lo que se traduce en un efecto completamente diferente al que impone la normatividad y atenta contra el interés público de los usuarios del sistema.

⁴⁴ Folio 109 ejusdem.

⁴⁵ Ídem.

Enfatizan en que las resoluciones demandadas eliminaron la obligación legal de los agentes térmicos de mantener contratos de suministro de combustible que garanticen la firmeza del respaldo de generación térmica, en contravía de lo que establece el artículo 27 la LSE.

Aducen que, como consecuencia del cambio regulatorio efectuado se ha modificado la remuneración de algunos generadores hidráulicos, reduciendo sus ingresos en detrimento del principio de viabilidad financiera establecido por la LSPD.

Ponen de relieve que la nueva regulación, que beneficia injustificada y desproporcionadamente a los operadores térmicos, atenta contra el esquema de competencia instaurado por la LSPD y la LSE, en contravía de los mandatos de promover la competencia, evitar el abuso de la posición dominante en el mercado e impulsar una liberalización gradual del mercado energético que fija la LSE a la CREG; que, además, se atenta contra el principio de imparcialidad, establecido por el artículo 3° de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998⁴⁶, puesto que el regulador no puede tomar partido por un sector determinado del mercado; que al obrar de este modo, la CREG desconoce su responsabilidad de garantizar una oferta de energía eficiente en beneficio del usuario final; y recuerdan que los generadores hidráulicos producen energía a menor costo que los térmicos, por lo que su salida del mercado perjudica al usuario final, que deberá pagar los costos más elevados de la generación térmica.

Señalan que, por ende, *“en la serie hidrológica que se tome para calcular el cargo por capacidad, se debe tener en cuenta la capacidad real de generación de todos*

⁴⁶“por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

*los agentes, para evitar distorsionar el mercado de energía y evitar la consolidación de grupos con posición dominante*⁴⁷.

Reprochan que, la CREG no haya tenido en cuenta la capacidad de respaldo de los generadores hidráulicos, al establecer como parámetro para el cálculo del cargo por capacidad una hidrología de imposible ocurrencia, por cuanto la serie tomada *“disminuye artificialmente la verdadera capacidad de respaldo ofrecida por los Hidráulicos*⁴⁸.

- Violación del artículo 36 del CCA

Reconocen que, la facultad de la CREG para valorar la capacidad de generación de respaldo es discrecional, pero enfatizan en que esta competencia debe ejercerse en el marco de los límites fijados por la Constitución y la ley, so pena de obrar de forma arbitraria. Y resaltan que para el caso particular de valorar la capacidad de generación de respaldo, por disposición del literal a) inciso 2° del artículo 23 LSE, resulta imperioso *“respetar los criterios señalados por la UPME en el plan de expansión, entre estos el de confiabilidad*⁴⁹.

Precisan que, de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1162 de 6 de septiembre 2000⁵⁰, las Comisiones de Regulación deben cumplir sus funciones con sujeción a lo establecido en la Constitución, la Ley, los Decretos Reglamentarios y las políticas que fija el Gobierno en la respectiva área, lo que en este caso supone la subordinación de la CREG a lo que definió el Ministerio de Minas y Energía a través de la UPME, máxime cuando según el artículo 208 de la Constitución Política los Ministros son los Jefes de la Administración en sus respectivas dependencias.

⁴⁷ Folio 114 ídem.

⁴⁸ Folio 115 ibídem.

⁴⁹ Folio 115 ejusdem.

⁵⁰ Magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo.

Afirman que, las decisiones regulatorias de la CREG deben basarse en criterios lógicos, científicos y técnicos sólidos, lo cual, a su juicio, no ocurrió en este caso, por cuanto las resoluciones demandadas se apoyan en una serie hidrológica que *“podría considerarse de imposible suceso en el mundo de la realidad”*⁵¹; que no obstante ello, produce efectos en el mundo real, por lo que al actuar de esta manera, el ente regulador obró de forma desproporcionada y se apartó de lo dispuesto por el artículo 36 del CCA.

III.- CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS

III.1 Expediente 2001-00090-01

.- Contestación de la CREG:

La CREG contestó oportunamente la demanda⁵². En su escrito manifiesta su oposición a las pretensiones de la parte actora y su rechazo parcial a los fundamentos fácticos sobre los que se sustenta la reclamación, a los que formula las siguientes precisiones:

Afirma que, de lo dispuesto por el artículo 23, literal a), inciso 2º, de la LSE no puede derivarse que sea la UPME *“quien determina la capacidad de generación de respaldo del sistema. Claramente lo que establece la ley es que dicha generación de respaldo será valorada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el plan de expansión de la UPME”*⁵³.

⁵¹ Folio 116 ibídem.

⁵² Folios 130-195 del Cuaderno I.

⁵³ Folio 132 ídem.

Indica que, resulta equivocado relacionar la confiabilidad definida por la UPME para efectos de la expansión del sistema con la probabilidad de ocurrencia de la serie hidrológica definida por la CREG para cumplir con los criterios de seguridad que están a su cargo; que es competencia de la CREG determinar cuál es la contingencia hidrológica contra la cual se debe proteger el sistema y asignar la retribución correspondiente; y que por medio de este instrumento *“no se busca pronosticar un escenario hidrológico futuro, sino seleccionar una serie hidrológica para operar el sistema en forma confiable y segura, teniendo en cuenta la firmeza que se aporta al sistema”*⁵⁴.

Niega que se utilice una hidrología artificial o ficticia en el anexo A de las resoluciones demandadas, *“puesto que la hidrología establecida se basa en la realidad de eventos hidrológicos ocurridos y en los criterios de seguridad establecidos por la CREG para dar cumplimiento a los mandatos de la ley”*; y que *“[t]ampoco es cierto que la CREG haya seleccionado el peor mes hídrico, sino que, para efectos de los cálculos, la Comisión de Regulación de Energía y Gas seleccionó, de la serie hidrológica histórica, mes a mes, los menores valores hídricos históricos presentados en cada uno de los bienios que definió, para asignarlo a cada uno de los 24 meses de los dos primeros años que integran la serie, tal como se explica en el documento CREG-097 de 2000, lo cual no es irracional ni ficticio, sino simplemente un criterio de seguridad basado en datos históricos reales, criterio que incluso hubiera podido ser más estricto si razonablemente así lo hubiera considerado el regulador”*⁵⁵.

Apunta que tan real y racional resulta la serie hidrológica definida en los actos demandados, que en lo que va corrido del año 2001 se han presentado valores

⁵⁴ Folio 133 ejusdem.

⁵⁵ Ídem.

hidrológicos inferiores a los allí previstos para el cálculo del cargo por capacidad; y que la aplicación de estos parámetros *“ha permitido que la asignación del cargo por capacidad corresponda de manera más aproximada a la firmeza que los generadores aportan al sistema, esto es, a la cantidad de energía que han podido entregar en épocas de contingencia hidrológica, como también se demuestra con la información suministrada por el Centro Nacional de Despacho, lo cual reafirma que la conclusión de los demandantes en relación con la irracionalidad e irrealidad de la serie es infundada”*⁵⁶.

En cuanto a los fundamentos de su defensa respecto de los cargos expuestos por la parte actora, el escrito de contestación plantea los siguientes argumentos:

- Frente al primer cargo: violación del artículo 23, literal a), de la LSE

Explica que, el cargo por capacidad del mercado mayorista busca garantizar la disponibilidad de una oferta eficiente de energía eléctrica capaz de abastecer la demanda en el Sistema Interconectado Nacional tanto en períodos húmedos como en períodos secos, remunerando parcialmente la inversión por kilovatio instalado de los generadores que contribuyen a la confiabilidad del sistema, bajo criterios de eficiencia y de hidrología crítica. Y expone como razones fundamentales para la adopción de este instrumento las siguientes:

“... La creación del Cargo por Capacidad obedeció a las características propias de la conformación del parque de generación del país, donde actualmente el 65% de la capacidad instalada corresponde a generación hidroeléctrica (generación mediante la utilización de agua), y el 35% a generación térmica (a base de gas natural, fuel oil, carbón y otros combustibles). Así mismo, las características de las plantas hidráulicas instaladas en el país, corresponden en su mayoría a reservorios con poca capacidad de embalse, esto es, con baja capacidad de almacenamiento de agua que les permita generar suficiente energía en situaciones de sequía. Esto hace que durante las estaciones de alta hidrología (períodos lluviosos) la demanda del país sea cubierta principalmente con energía

⁵⁶ Folio 134 ibídem.

hidroeléctrica, dados los bajos costos relativos del recurso hídrico, abundante en dicho período; pero que en épocas de hidrologías críticas (veranos), por la escasez del recurso hídrico, la generación hidroeléctrica con las características a que se ha hecho referencia, no sea suficiente para atender toda la demanda del país y, por tanto, se requieran mecanismos que aseguren una generación de energía en dichas épocas para así cumplir el deber constitucional de asegurar la prestación continua del servicio. Normalmente son las plantas térmicas las que pueden generar energía aún en épocas de sequía.

Otro elemento importante a tener en cuenta en el desarrollo del Cargo por Capacidad, lo constituye el hecho de que los generadores perciben sus ingresos de la energía que vendan en el Mercado Mayorista. Dados los costos del combustible que utilizan las plantas térmicas, la energía que producen es menos competitiva frente a las hidráulicas, en épocas de invierno. Esta situación hace que en especial las plantas térmicas, en tales épocas, no puedan recuperar sus costos fijos y que, por tanto, puedan experimentar dificultades financieras. La existencia de estas dificultades financieras podrían eventualmente causar su retiro del Mercado Mayorista, y por ende el desabastecimiento de electricidad (racionamiento) en épocas de hidrología crítica”⁵⁷.

Con base en lo anterior, afirma que el cargo por capacidad “permite que las plantas que le aportan firmeza al Sistema bajo condiciones de hidrología crítica, puedan recuperar una parte de sus costos fijos, ya sea que se trate de generadores hidroeléctricos con capacidad de generación en verano (v. gr. capacidad de embalse), o de generadores térmicos, cuyos recursos no dependen de la hidrología”⁵⁸; y que dado que se busca remunerar la firmeza que cada generador aporta al sistema, es decir, la capacidad de atender el consumo en épocas críticas, “lo que debe remunerarse con el cargo por capacidad no es la confiabilidad del sistema en su conjunto, sino el aporte de firmeza individual de cada uno de los generadores, pues se trata de estimular que produzcan firmeza al sistema por separado”⁵⁹.

Señala que, ha sido con base en la premisa anterior que la CREG definió el método de cálculo del cargo por capacidad en la Resolución CREG-116 de

⁵⁷ Folio 139 ibídem.

⁵⁸ Folios 139-140 ejusdem.

⁵⁹ Folio 140 ídem.

1996⁶⁰. Pero apunta que las evaluaciones realizadas a las asignaciones efectuadas por concepto del cargo por capacidad a cada uno de los agentes respecto a la firmeza aportada evidenciaron la necesidad de hacer ajustes a ese modelo.

Insiste en que la contingencia hidrológica que determinó la CREG *“no tiene por propósito efectuar una predicción hidrológica, sino establecer un criterio de protección al sistema, tal y como le corresponde de conformidad con el artículo 23 de la ley 143 que le otorga la función de “Definir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía”*”⁶¹.

Recalca que, al realizar los ajustes al modelo la CREG *“tuvo en cuenta toda la información disponible y realizó los análisis que consideró procedentes con el fin de lograr una regulación que cumpliera los propósitos del cargo por capacidad”*⁶².

Rechaza que el criterio fijado por la UPME en su planeación constituya una referencia obligatoria, por envolver un criterio de orden público, que se debe seguir para asegurar la confiabilidad del sistema. Esto, por cuanto debe diferenciarse entre la función de planificación, a cargo de la primera, y la función de regulación del sector, en manos de la CREG.

Resalta que, los planes expedidos por la UPME no pueden tomarse como normas jurídicas que vinculen la regulación por parte de la CREG, *“pues ello implicaría que el regulador no es la Comisión de Regulación de Energía y Gas sino la UPME, y que aquella se limita a implementar lo que esta dispone”*⁶³.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ Folio 141 ejusdem.

⁶² Folios 141-142 ibídem.

⁶³ Folio 143 ibídem.

Expresa que, la referencia que hace el literal a) del artículo 23 de la LSE a los criterios de la UPME no puede entenderse fuera del contexto que brinda la competencia legal de la CREG en el mismo artículo 23 para “[d]efinir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía”. Apunta que, en este sentido, tal referencia debe entenderse “a aquella información de lo que se prevé ocurrirá, lo cual permite apreciar la capacidad de respaldo, pero no a aquello que implica una decisión de regulación”⁶⁴.

Añade que, si en gracia de discusión se admitiera la tesis de la demanda, habría que considerar legítima la posibilidad de ver el criterio señalado por la UPME como un mínimo que el regulador podría endurecer.

Destaca que, según lo dispuesto por el artículo 18 de la LSE los planes de este sector no son imperativos, pues tienen valor de referencia y buscan orientar y racionalizar los esfuerzos del Estado y de los particulares por atender la demanda nacional en este ámbito, así como brindar información oportuna y confiable sobre las posibles estrategias a seguir en el sector. Por esto discrepa de los actores al entender que la UPME establece sus criterios como vinculantes, pues lo que hace es adoptarlos como supuestos de análisis.

- Frente al segundo cargo: violación del artículo 36 del CCA

Sostiene que, al ser discrecional la competencia de la CREG, las medidas que se adopten en su ejercicio deben ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa; que esta valoración no puede hacerse en abstracto, sino en concreto, en función de los objetivos que se buscan, en este caso, con el cargo por capacidad; que en estas condiciones, “si se analiza la contingencia hidrológica adoptada por

⁶⁴ Ídem.

la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante los actos demandados, y se le compara con el último fenómeno del niño experimentado en el país, se aprecia que la contingencia hidrológica se comporta de una manera muy cercana a lo que realmente ocurrió. Además en los meses recientes se han producido hidrologías más críticas que las contempladas en la contingencia hidrológica crítica, lo cual desvirtúa que sea irreal. Además los parámetros ajustados conducen a que la remuneración por cargo por capacidad corresponda a quien realmente otorga firmeza”⁶⁵, pues anteriormente eran beneficiarias de él empresas que en realidad no aportaban firmeza suficiente al sistema.

- Frente al tercer cargo: violación del principio de igualdad

Precisa que no es cierto que las resoluciones demandadas discriminen entre generadores hidráulicos y térmicos, ni entre inversionistas nacionales y extranjeros. El objetivo de estos actos, dice, *“es determinar una metodología para calcular el cargo por capacidad el cual tiene como propósito remunerar la capacidad de generación de respaldo, esto es la firmeza que se le otorga al sistema frente a las épocas de sequía y bajo condiciones de eficiencia. Es por ello que el cargo por capacidad se paga tanto a los generadores térmicos como hidráulicos, siempre y cuando unos y otros aporten firmeza. Es apenas obvio que la firmeza dependerá de muchas circunstancias y que una de ellas será la diferencia que otorgan los generadores térmicos y los hidráulicos y que entre estos últimos habrá algunos que presenten mayor firmeza que otros”⁶⁶.*

Afirma que, si de ordinario los generadores térmicos ofrecen mayor firmeza que los hidráulicos, *“ello no deriva de una distinción que haga la resolución, sino de la*

⁶⁵ Folio 148 ejusdem.

⁶⁶ Folio 149 ibídem.

*naturaleza de las cosas: las temporadas de sequía no afectan la capacidad de generación de las plantas térmicas*⁶⁷. Que por esta razón resulta infundado hablar de discriminación, pues debe tenerse en cuenta que la eventual distinción entre generadores térmicos e hidráulicos se encuentra justificada, en tanto corresponde al objetivo perseguido por la norma, a saber: *“remunerar la firmeza que se otorga al sistema y unos y otros no otorgan la misma firmeza”*⁶⁸.

III.2 Expediente No. 2002-00122-01

.- **La CREG** contestó oportunamente la demanda⁶⁹. En su escrito manifiesta su oposición a las pretensiones de la parte actora y su rechazo parcial a los fundamentos fácticos sobre los que se sustenta la reclamación, sobre bases similares expresadas en la contestación de la otra demanda.

Destaca que, el cargo por capacidad es un ingreso adicional que se paga a los generadores que aportan firmeza al sistema por el solo hecho de estar disponibles. Por esto busca remunerar efectivamente a quienes aportan firmeza al sistema en épocas críticas, lo que apareja estimular la expansión del parque generador con plantas que aporten firmeza al sistema, de modo que no se produzca un desabastecimiento de la demanda en épocas críticas.

Rechaza que los ajustes efectuados se hayan dado sin un fundamento técnico y científico adecuado, pues, la CREG *“tuvo en cuenta toda la información disponible y realizó los análisis que consideró procedentes con el fin de lograr una regulación que cumpliera los propósitos del cargo por capacidad”*⁷⁰. Y resalta que *“[s]i se han producido cambios en el tiempo ello obedece a la necesidad de ajustar una*

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ibídem.

⁶⁹ Folios 344-380 del Cuaderno principal del Expediente No. 2002-00122.

⁷⁰ Folio 360 ídem.

*regulación teniendo en cuenta los efectos que se han visto en su aplicación y la mayor cantidad de información disponible*⁷¹.

En cuanto a los fundamentos de su defensa frente a los cargos expuestos por la parte actora, el escrito de contestación plantea los siguientes argumentos:

- Frente al primer cargo: violación del artículo 23, literal a), de la LSE

Niega que el criterio de confiabilidad definido por la UPME represente una norma de orden público e imperativo acatamiento por la CREG, toda vez que no pueden confundirse las funciones de estimación y pronóstico en el sector, que corresponden a la UPME, de las funciones regulatorias propiamente dichas, a cargo de la CREG. Por ello, teniendo en cuenta que según el artículo 23, literal n), de la LSE, es competencia de esta última *“[d]efinir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía”*; y que de acuerdo con el artículo 18 *ídem* *“[l]os planes de generación y de interconexión serán de referencia y buscarán orientar y racionalizar el esfuerzo del Estado y de los particulares para la satisfacción de la demanda nacional de electricidad en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Energético Nacional”*, no puede admitirse que los lineamientos de tal órgano constituyan normas jurídicas situadas por encima de las decisiones regulatorias de la CREG.

Recalca que, toda vez que esta ejerce funciones delegadas por el Presidente de la República, tal reparto jerárquico resultaría incompatible con el diseño institucional nacional, pues no se compecede con el rango que la Constitución otorga al Jefe de Estado que sus determinaciones se encuentren supeditadas a las de la UPME. Por esto, y tomando en consideración lo expresado en el texto del Plan de

⁷¹ *Ídem.*

Expansión de Referencia Generación – Transmisión 1998-2010, concluye que la UPME no impone criterios vinculantes, *“a lo sumo se limita a recomendar una franja para el evento en que sólo se tuviera en cuenta la confiabilidad del sistema”*⁷², siempre a partir de lo que ella considera se desprende del marco regulatorio vigente.

- Frente al segundo cargo: falsa motivación

Observa que ni el CCA ni la Ley 142 de 1994 exigen que la motivación de los actos administrativos sea prolija, por lo cual resultan desacertados los reproches que formula la demanda en contra de la motivación de las resoluciones atacadas. A efectos de dar cumplimiento a las exigencias legales, dice, *“es suficiente que se incluyan los elementos fundamentales que inspiran las decisiones que se adoptan”*⁷³, sin que sea indispensable incurrir en pormenores.

Resalta que, para el caso *sub examine* están claros los motivos que inspiraron las resoluciones demandadas: *“que el cargo por capacidad no estaba remunerando a quienes realmente otorgaban firmeza al sistema, esto es, a aquellos que estaban en capacidad de generar cuando se presentan situaciones hidrológicas críticas (...) La CREG, a partir de la experiencia de los años de vigencia del Cargo por Capacidad, efectuó los análisis suficientes que le permitieron establecer la necesidad de introducir los ajustes contenidos en la Resolución CREG-077 de 2000. Los resultados de tales análisis están recogidos en el Documento CREG-097 de 2000. Que el demandante, por su simple apreciación subjetiva, no considera suficientes, no es una razón válida para endilgarle al acto falsa motivación”*⁷⁴.

⁷² Folio 364 ejusdem.

⁷³ Folio 367 ibídem.

⁷⁴ Ídem.

Rechaza que la motivación pueda señalarse de errada por el supuesto desconocimiento de la regulación sobre mínimos operativos que vincula a las hidrogeneradoras; y que no se puede confundir la regulación de estos niveles con el cargo por capacidad.

En su criterio, el demandante *“ignora absolutamente que el modelo adoptado por la CREG para el cálculo de la Capacidad Remunerable Teórica del Cargo por Capacidad aplica los niveles mínimos operativos establecidos en la Regulación de la CREG (...) Si el modelo incluye los mínimos operativos, como en efecto lo hace, la Capacidad Remunerable Teórica indica la firmeza que puede aportar una planta o unidad de generación, incluida la condición de intervención de los embalses”*⁷⁵.

Se opone a considerar que el estudio hidrológico practicado en 2001 por la CREG sea la prueba de la falta de soporte de los actos demandados, toda vez que se trata de análisis que buscan *“consolidar y homogeneizar las series hidrológicas de cada río”*⁷⁶. Por ende, afirma, *“el mencionado estudio no tiene como fin validar o redefinir la serie hidrológica definida por la CREG, sino establecer la información confiable sobre la hidrología histórica de cada río”*⁷⁷.

- Frente al tercer cargo: desconocimiento del derecho a la igualdad y la neutralidad

Manifiesta que las resoluciones demandadas no diferencian entre generadores térmicos e hidráulicos, sencillamente buscan incentivar la inversión en plantas de generación que le aporten firmeza al sistema. Cosa distinta es que por la naturaleza de las cosas las temporadas de sequía afecten de manera más severa

⁷⁵ Folio 368 ejusdem.

⁷⁶ Folio 370 ejusdem.

⁷⁷ Ídem.

a las hidroeléctricas y no tengan el mismo efecto sobre las plantas térmicas. En este orden, *“si se llegara a aceptar en gracia de discusión que existe una distinción en la resolución entre generadores hidráulicos y térmicos, deberá aceptarse que la misma es claramente justificada pues ella corresponde al objetivo buscado por la norma: remunerar la firmeza que se otorga al sistema y unos y otros no otorgan la misma firmeza”*⁷⁸.

Afirma que, no se debe confundir *“el régimen de los mínimos operativos que buscan fijar precios cuando el nivel de los embalses se reduce por debajo de determinado nivel, con el fin de desestimular su uso en épocas críticas, frente al régimen de cargo por capacidad que busca remunerar a quien efectivamente puede aportarle firmeza al sistema bajo una determinada contingencia hidrológica crítica y en condiciones de eficiencia económica”*⁷⁹.

Sostiene que, resulta equivocado el argumento de la demanda, según el cual se sobrevalora la firmeza de los generadores térmicos, en especial si se tiene en cuenta que no se les exigen contratos de combustible a largo plazo. En su criterio, la firmeza del generador no depende de la existencia de esta clase de contratos, pues puede haber condiciones económicas, ambientales o físicas que permitan concluir que habrá disponibilidad de combustible. A este respecto, pone el ejemplo del propietario de un vehículo, a quien no tendría sentido exigirle un contrato de largo plazo con una estación de servicios para acreditar la disponibilidad de su bien. En estos casos, dice, la racionalidad económica *“lleva a confiar prudentemente que si un generador térmico tiene mayor probabilidad de vender su energía (ser despachado) ante una contingencia hidrológica crítica, e incrementar sus ingresos por mayores ventas, su decisión racional será la de tener garantizado*

⁷⁸ Folio 371 ejusdem.

⁷⁹ Folio 372 ibídem.

*el suministro de transporte del combustible que le permita generar en esa oportunidad, y no a presumir, como lo hace el demandante, que se abstenga de gestionar la obtención de combustible que le permita desarrollar su negocio*⁸⁰. Y resalta que el combustible térmico no está expuesto a las variaciones que pueden derivar de fenómenos climatológicos.

Agrega que, la decisión de pedir o no contratos de larga duración corresponde al regulador, quien debe ponderar el riesgo de presiones indebidas por parte de las empresas de gas, sin que ello suponga presumir la buena fe de los generadores térmicos y la mala fe de las plantas hidráulicas.

. Frente al cuarto cargo: violación del principio de eficiencia en los artículos 365 de la Constitución Política; 2°, 11, 73 y 74.1 de la Ley 142 de 1994; y 4°, 6°, 12, 20, 23, literal a), inciso 1°, 33 y 66 de la ley 143 de 1994

Expresa que, el documento CREG-097 de 2000 contiene el resultado de los análisis efectuados para tomar las decisiones plasmadas en las resoluciones demandadas, de los cuales se derivó la necesidad de introducir ajustes al reparto de los recursos correspondientes al cargo por capacidad, pues pese a que las térmicas atendieron el 50% de la demanda en el período 1997-1998, las generadoras hidráulicas se llevaron el 70% de tales dineros.

Resalta que, a la autoridad regulatoria le corresponde tomar en consideración las consecuencias de una contingencia hidrológica crítica. Y pone de manifiesto que *“[c]uando en verano las plantas hidráulicas no pueden generar el costo para la economía es muy superior a cualquier otro. La experiencia de 1992 así lo probó*⁸¹.

. Frente al quinto cargo: violación de los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994

⁸⁰ Folio 372 ibídem.

⁸¹ Folio 375 ibídem.

Sostiene que, según lo previsto por el artículo 23, literal a), de la LSE, corresponde a la CREG crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, por lo cual es su responsabilidad *“dar las señales para lograr la oferta energética eficiente de acuerdo con la firmeza que cada tecnología de generación suministre al sistema en una contingencia de hidrología crítica definida por la Comisión”*⁸².

Indica que, los actos demandados no dicen nada sobre la obligación de mantener contratos de suministro de combustible que garanticen firmeza a la generación térmica, pues tal modificación tuvo lugar con la Resolución CREG 047 de 1999, que no ha sido demandada; y niega que el artículo 27 de la LSE establezca el deber de suscribir tales contratos, siendo ello una decisión que el esquema ha remitido a la libre autonomía de los operadores, dadas las implicaciones de la racionalidad económica sobre este asunto.

Enfatiza en que la finalidad del cargo por capacidad es remunerar la firmeza que las plantas ofrecen al Sistema Interconectado Nacional y no garantizar la viabilidad financiera de las empresas; y que en un mercado competitivo, esta *“se obtiene de su gestión en la venta de energía mediante la celebración de contratos de largo plazo y las transacciones celebradas en la bolsa de energía”*⁸³.

Resalta que, la finalidad del cargo por capacidad no es promover la libre competencia, sino *“garantizar la recuperación parcial de los costos fijos en que incurren los generadores que le aportan firmeza al sistema”*⁸⁴.

⁸² Folio 376 ídem.

⁸³ Folio 377 ibídem.

⁸⁴ Ídem.

Estima que, los argumentos expuestos por la parte demandante “*son abstractos y equívocos*”⁸⁵, razón por la cual el cargo no puede prosperar.

. Frente al sexto cargo: violación del artículo 36 del CCA

Subraya que a pesar de ser cierto que la CREG debe sujetarse a las normas superiores como la Constitución, la ley, los decretos reglamentarios y las políticas gubernamentales, el Plan de Referencia Expansión – Generación 1998-2010 no tiene dicho rango superior y no pretende establecer reglas de obligatorio cumplimiento para el regulador, sin perjuicio de que este pueda tomar en consideración los estudios de demanda y generación que allí se plasman.

Afirma que, las resoluciones demandadas son consistentes con las políticas gubernamentales en esta materia y que los estudios presentados por los demandantes “*concluyen en posiciones sobre la forma como debe desarrollarse el sector eléctrico que no concuerdan con estas políticas*”⁸⁶.

Manifiesta que, las medidas de la CREG deben valorarse desde la óptica de los fines concretos que persiguen y de los hechos que le sirven de causa; y que “*si se analiza la contingencia hidrológica adoptada por la Comisión (...) mediante los actos demandados, y se le compara con el último fenómeno del niño experimentado en el país, se aprecia que la contingencia hidrológica se comporta de una manera muy cercana a lo que realmente ocurrió. Además en los meses recientes se han producido hidrologías más críticas que las contempladas en la contingencia hidrológica crítica, lo cual desvirtúa que sea irreal. Además los*

⁸⁵ Folio 378 ejusdem.

⁸⁶ Folio 380 ibídem.

*parámetros ajustados conducen a que la remuneración por cargo por capacidad corresponda a quien realmente otorga firmeza al sistema*⁸⁷.

Afirma que, lo que sucedió en el presente caso es que bajo el esquema original había varias empresas que no le aportaban firmeza al Sistema que se veían beneficiadas del cargo por capacidad, lo cual dio lugar a que se modificaran sus criterios de cálculo para asegurar el cumplimiento efectivo de los objetivos perseguidos por dicho instrumento.

. El Ministerio contestó oportunamente la demanda⁸⁸. En su escrito manifiesta su oposición a las pretensiones de la parte actora y señala que todos los hechos alegados por los demandantes deben ser probados por ellos dentro del proceso.

Alega que, el estudio de los cargos planteados debe tomar en consideración la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación, así como la naturaleza jurídica de sus actos y tener en cuenta la forma como se articulan estas decisiones con las políticas y determinaciones del Ministerio de Minas y Energía.

Afirma que, con la expedición de los actos demandados la CREG en manera alguna desbordó sus funciones y facultades especiales; todo lo contrario, actuó en ejercicio de sus funciones con arreglo a lo prescrito en la ley, esto es, *“para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente*⁸⁹.

Propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la Nación – Ministerio de Minas y Energía *“no tiene dentro de sus funciones específicas las de regular los monopolios en la prestación de los servicios*

⁸⁷ Folio 380 ejusdem.

⁸⁸ Folios 447-456 del Cuaderno principal del Expediente No. 2002-00122.

⁸⁹ Folio 453 ibídem.

*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 como lo establece el artículo 73 de la ley 142 de 1994*⁹⁰. Señala que el Ministerio no participó en la causa que originó la demanda ni por acción ni por omisión, por lo cual no existe razón alguna para que sea vinculado al proceso.

IV. TRÁMITE DE LA ACCIÓN.

Como ya se indicó al inicio de esta providencia, previa solicitud del apoderado de la **CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE BETANIA S.A. E.S.P.**⁹¹, mediante auto de 13 de febrero de 2002, se procedió a la acumulación del proceso radicado bajo el nro. 2002-00122-01 al expediente nro. 2001-00090-01⁹².

Mediante auto de 25 de febrero de 2016, en Sala Unitaria, el entonces Consejero doctor **GUILLERMO VARGAS AYALA** declaró fundado el impedimento manifestado por el señor Consejero doctor **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**, por cuanto en su condición de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa intervino en el proceso y rindió concepto respecto de las pretensiones que se debaten. En consecuencia, lo separó del conocimiento del proceso de la referencia y ordenó remitir el expediente a quien le siguiera en turno, para que avocara conocimiento⁹³.

El 13 de octubre de 2016 se efectuó el sorteo para completar el quórum requerido por la ley para estudiar el proyecto de fallo que dirima la controversia en el presente asunto, resultando designado el doctor **CAMILO CALDERÓN RIVERA**.⁹⁴

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ Folio 774 del Cuaderno I.

⁹² Folios 775-778 ídem.

⁹³ Folios 1154-1156 ídem.

⁹⁴ Folio 1159 ibídem.

Por auto de 3 de noviembre de 2016, la Sala accedió a la solicitud de prelación de fallo presentada por la ANDJE⁹⁵, en consideración a la importancia jurídica y trascendencia social del asunto *sub judice*⁹⁶.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante proveído de 26 de agosto de 2014 se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión⁹⁷. Esta decisión fue objeto de recursos de reposición interpuestos por los apoderados de CHIVOR⁹⁸ y EMGESA⁹⁹, quienes posteriormente desistieron de ellos¹⁰⁰. Por auto de 3 de noviembre de 2016, el Despacho Ponente aceptó el desistimiento presentado frente a dichos recursos¹⁰¹. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente se recibieron los escritos de alegaciones finales de EMGESA S.A.¹⁰², CHIVOR S.A. E.S.P.¹⁰³ y el Ministerio de Minas y Energía – CREG¹⁰⁴, en los cuales las partes ratificaron en extenso las posiciones expuestas a lo largo del proceso en sus escritos de demandas y de contestación de las mismas, apoyándose en el acervo probatorio recaudado en el expediente.

A través de escrito radicado el 19 de junio de 2015, la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS GENERADORAS -ANDEG-** manifiesta oponerse a las pretensiones de la demanda y presenta las razones para desestimar cada uno de los cargos propuestos por los actores¹⁰⁵.

⁹⁵ Folios 1045-1073 ejusdem.

⁹⁶ Folios 1161-1163 ídem.

⁹⁷ Folio 985 ibídem.

⁹⁸ Vid. el recurso en los folios 994-996 ejusdem.

⁹⁹ Cfr. el recurso en los folios 997-1001 ídem.

¹⁰⁰ El desistimiento presentado por CHIVOR obra a folio 1076 del mismo expediente. El desistimiento de EMGESA consta en los folios 1078-1079 ibídem.

¹⁰¹ Folios 1164-1165 ídem.

¹⁰² Folios 1249-1249.

¹⁰³ Folios 1245-1378.

¹⁰⁴ Folios 1250-1344.

¹⁰⁵ Folios 1083-1151.

Aun cuando no lo solicita de manera expresa, encuentra la Sala que las alegaciones presentadas por **ANDEG** deben tenerse como una solicitud de coadyuvancia de la parte demandada, razón por la cual se le reconocerá como tal, habida cuenta de que el escrito en mención fue radicado dentro del término previsto en el artículo 146 del CCA, pues el recurso interpuesto por los apoderados de las partes demandantes contra el auto que corrió traslado para alegar de conclusión, del que luego se desistió, se resolvió mediante proveído de 3 de noviembre de 2016.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa ante el Consejo de Estado emitió concepto de rigor en el asunto de la referencia¹⁰⁶, en el que solicitó la nulidad de las resoluciones demandadas. Esto, por considerar que se encuentran acreditados los vicios de desconocimiento del artículo 23, literal a), de la LSE, la violación del artículo 36 del CCA y la falsa motivación que alegan los actores en sus demandas. El Agente del Ministerio Público fundamenta esta conclusión en los siguientes razonamientos:

Afirma que, en virtud de lo previsto por el artículo 23, literal a), de la LSE, la capacidad de generación de respaldo es un factor que debe tenerse en cuenta para una oferta eficiente de energía eléctrica, el cual debe ser valorado por la CREG con arreglo a los criterios que establezca la UPME. En su concepto, esto implica que para la norma legal el Plan de Expansión de Referencia Generación – Transmisión 1998 – 2010, expedido por la UPME, es vinculante para la regulación, lo que obliga a la CREG a atender en sus resoluciones el criterio de confiabilidad

¹⁰⁶ Folios 159-167 ídem.

del 95% definido por aquel organismo. De donde, por falta de aplicación, se vulneró lo señalado por el referido artículo 23 de la LSE.

Resalta que, las medidas adoptadas por la CREG en las resoluciones demandadas no son adecuadas para el cumplimiento de los fines de la norma que las autoriza, ni proporcionales a los hechos que le sirvieron de causa, tal como lo sostienen los estudios técnicos adelantados por Integral S.A. y *Menlo Energy Economics*. Este concepto técnico, afirma, pone de relieve que el uso *“de una serie de hidrología crítica, como la definida por la Resolución CREG-111-2000, desconoce la aplicación de los criterios de confiabilidad que son definidos por la UPME, con arreglo a disposiciones regulativas superiores (a la Ley Eléctrica), así como a las definiciones de firmeza establecidas por la misma CREG en resoluciones anteriores, vigentes”¹⁰⁷.*

Precisa que, según los estudios técnicos aportados por los demandantes, las resoluciones censuradas atentan contra el principio de eficiencia económica implícito dentro del criterio de confiabilidad utilizado por la UPME. Lo cual, agrega, lesiona la planeación del sector, por cuanto dicha decisión introduce una modificación a la política que le orienta y deriva en una afectación patrimonial a los generadores hidráulicos.

Destaca que los argumentos de la defensa sobre el carácter no discriminatorio de las resoluciones demandadas son acertados, toda vez que es cierto que ellas no distinguen entre las plantas térmicas y las generadoras hidráulicas. Y remarca que no es posible equiparar a unos y otros en atención a los medios que emplean para producir la energía, lo mismo que la firmeza que otorgan al sistema.

¹⁰⁷ Folio 1020 revés ídem.

Enuncia que, si bien la parte demandante aprecia con base en los estudios realizados por Integral S.A. y la firma *Menlo Energy Economics* que el principio de eficiencia inmerso en las leyes 142 y 143 de 1994 se vulneró, no se acredita una violación efectiva del mismo, como quiera que los estudios aportados se realizaron en el año 2001 y las conclusiones son hipótesis de su aplicación, por lo cual no atienden ni evidencian una vulneración real.

Expone que los supuestos resultados negativos que conllevaría para la oferta energética en el país y para el interés general la modificación de la hidrología y la forma de calcular la Capacidad Remunerable Teórica de las Resoluciones demandadas no se encuentran debidamente acreditados, como quiera que para la época en que se rindieron los informes técnicos mediante los que se pretenden sustentar dichas afirmaciones (2001), no había transcurrido un tiempo prudencial que permitiera constatar en la realidad la afectación predicha.

Advierte que no es cierta la afirmación de los demandantes según la cual los actos atacados suprimieron la obligación de los proveedores térmicos de contar con contratos de suministro de combustible a largo plazo. Esto, ya que del conjunto de los artículos examinados esa aseveración no se evidencia, por lo cual se trata de una manifestación gratuita y carente de fundamento.

Expresa que, los estudios técnicos aportados por los demandantes evidencian las serias deficiencias en las motivaciones técnicas que sustentaron la expedición de las resoluciones censuradas, por lo cual la falsa motivación se encuentra probada, pues *“los motivos esgrimidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, no justifican la decisión administrativa”*¹⁰⁸. Para el Ministerio Público, entonces, en su motivación los actos atacados simplemente mencionan que se deben introducir

¹⁰⁸ Folio 1035 revés ídem.

modificaciones para mejorar el cálculo del cargo por capacidad y aplicación, pero no explica las razones que la llevaron a modificar la regulación vigente sobre la materia.

VII.- INTERVENCIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

En escrito presentado en virtud de lo previsto por los artículos 610 y 611 del Código General del Proceso, la ANDJE solicita denegar las pretensiones de la demanda¹⁰⁹. Esta petición se fundamenta en los siguientes argumentos:

Señala que, “inducido por el error en el que incurre la parte demandante, el Ministerio Público emitió concepto favorable a las pretensiones de la demanda, porque supuestamente con la expedición de tales resoluciones la CREG violó el literal a) del artículo 23 de la ley 143 de 1994, según el cual esta entidad tenía la obligación de sujetarse a los parámetros técnicos establecidos por la UPME. El Ministerio Público equivocadamente considera que los actos administrativos demandados han debido respetar el criterio de confiabilidad del 95% señalado por la UPME en el Plan de Expansión de Referencia 1998 – 2010. En este sentido, la vista fiscal afirma que los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación pues erróneamente concluye que se presentaron serias deficiencias en la definición del método para la determinación de la hidrología crítica, el cual no contaba con el soporte técnico que permitía concluir su racionalidad y objetividad”¹¹⁰.

Afirma que los demandantes y el Ministerio Público incurrieron en error técnico al confundir el 95% de confiabilidad que define la UPME con el 99.9% de probabilidad de superar una hidrología crítica que adoptó la CREG. Y enfatiza en

¹⁰⁹ Folios 1045-1052 ibídem.

¹¹⁰ Folio 1046 ejusdem.

que, dado que se trata de conceptos técnicamente diferentes, *“es un error conceptual comparar un 99.9% con 95%, como lo hace la parte actora”*¹¹¹.

Niega que en el Plan de Expansión 1998 - 2010 la UPME haya definido un nivel máximo de confiabilidad del 95%, pues *“se está refiriendo al nivel mínimo de confiabilidad aceptable en dicho plan, sin que en el mismo se impida tener un valor de confiabilidad superior a dicho límite inferior”*¹¹². Ello, dice, se observa en el mismo Plan, cuando en su página 111 indica que el nivel óptimo oscila entre 96% y 97%. De donde se desprende que, contrario a lo afirmado por los actores y el Ministerio Público, *“el nivel de confiabilidad definido por la UPME no es máximo de 95%, es sólo el valor mínimo a considerar”*¹¹³. Por ende, cualquier valor superior a 95% cumple lo indicado por la UPME y, por lo tanto, atiende lo dispuesto por el artículo 23 de la LSE.

Precisa que, la confiabilidad a la que se refiere el plan de expansión de la UPME se relaciona con la probabilidad de atender la demanda energética del país, bajo una serie de escenarios futuros supuestos en dicho plan. Lo que quiere decir que para atender la demanda del país, la hidrología solo es uno de los parámetros a considerar, así como que por las necesidades energéticas se requiere contar tanto con generadores hidráulicos como con térmicos.

Indica que, la CREG no incumplió las disposiciones de la UPME, pues, por el contrario, las incorpora en su regulación, como consta en el literal f) del anexo 1 de la Resolución CREG 111 de 2000, en el que se señala que para realizar el cálculo de la Capacidad Remunerable Teórica se debe considerar la información suministrada por la UPME en relación con los parámetros de la demanda,

¹¹¹ Folio 1041 revés ibídem.

¹¹² Folio 1048 ídem.

¹¹³ Ídem.

vulnerabilidad, confiabilidad, suministro, costo de racionamiento y fechas más probables de futuros proyectos. En cumplimiento de dicha orden, la UPME remitió al Centro Nacional de Despacho la comunicación 3059 de 7 de diciembre de 2000, con la proyección de la demanda de energía y potencia, los parámetros de vulnerabilidad y confiabilidad del suministro, el costo de racionamiento, los costos de combustible diferente al gas natural y las fechas más probables de entrada de proyectos, con la finalidad de orientar lo referente al Cargo por Capacidad.

Manifiesta que, la falsa motivación alegada por los demandantes y estimada por el Ministerio Público carece de todo fundamento, pues la CREG en desarrollo de su misión regulatoria debe, conforme a lo previsto por el artículo 23 literales a) y n), *“[c]rear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente”* y *“[d]efinir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía”*. Y señala que *“los motivos y el propósito que tuvo la CREG para variar el cargo por capacidad obedecen a razones de interés público, pues en esta materia no existe nada más diligente y responsable que propugnar porque todos los habitantes del territorio nacional tengan la posibilidad de disponer de energía eléctrica suficiente. Además, la evidencia del comportamiento del Sistema Interconectado Nacional y del aporte de firmeza evidenciado en los períodos posteriores a la adopción del cargo por capacidad, en especial durante el evento de El Niño 1997-1998, son razones que justifican plenamente los ajustes y modificaciones definidos por la CREG en las Resoluciones demandadas y así quedó expuesto en el documento CREG 097 de 2000, titulado “Ajustes al cargo por capacidad (Resolución CREG 116-1996)”*¹¹⁴.

Sostiene que, el modelo del cargo por capacidad no busca pronosticar un escenario hidrológico futuro, como lo señalan los demandantes, sino seleccionar

¹¹⁴ Folio 1050 ejusdem.

una serie hidrológica para operar el Sistema Interconectado Nacional en forma confiable y segura, tomando en cuenta la firmeza que aportan al sistema tanto las plantas térmicas como las hidráulicas. *“El mecanismo previsto por la CREG no pretende predecir estadísticamente un fenómeno hidrológico, sino determinar una contingencia para proteger el sistema tomando en cuenta la historia y el propósito del Cargo por Capacidad”*¹¹⁵. Y resalta que la hidrología crítica adoptada por la CREG no es irreal, como se evidenció en el Niño 1997-1998, cuyo análisis puso en evidencia la necesidad de ajustar algunos parámetros de la metodología de asignación del cargo por capacidad, para asegurar que el instrumento cumpla su propósito de remunerar la firmeza que ofrecen los generadores al sistema.

Enfatiza en que, con las resoluciones atacadas la CREG *“no modificó el modelo de cargo por capacidad, sólo ajustó los parámetros de entrada al modelo, en específico la hidrología crítica. Bajo las resoluciones mencionadas, tanto las plantas hidráulicas como las térmicas mantienen el acceso al Cargo por Capacidad en función de la firmeza que aporten para la atención confiable de la demanda”*¹¹⁶.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

VIII.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 149.2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, expedido por la Sala

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Folio 1051 ejusdem.

Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

VIII.2 Los actos administrativos acusados

“RESOLUCIÓN CREG No. 77 DE 2000

(8 de noviembre de 2000)

Por la cual se modifican algunas disposiciones contenidas en la Resolución CREG-116 de 1996.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

CONSIDERANDO:

Que la Ley 143 de 1994, Artículo 20, definió como objetivo fundamental de la Regulación en el sector eléctrico, asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio;

Que para el cumplimiento del objetivo señalado, la ley 143 de 1994, Artículo 23, le atribuyó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, entre otras, las siguientes funciones:

- Crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia, para lo cual, la oferta eficiente, en el sector eléctrico, debe tener en cuenta la capacidad de generación de respaldo;*
- Establecer el Reglamento de Operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía;*
- Definir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía; y*
- Determinar las condiciones para la liberación gradual del mercado hacia la libre competencia.*

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en desarrollo de los objetivos y funciones señaladas, mediante la Resolución CREG-001 de 1996 creó un Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista;

Que mediante la Resolución CREG-116 de 1996, se adoptaron las normas de carácter general, impersonal y abstracto sobre el método de cálculo del Cargo por

Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad, las cuales han sido precisadas y aclaradas por las Resoluciones CREG-113 de 1998 y CREG-047 y CREG-059 de 1999;

Que el Cargo por Capacidad busca garantizar la disponibilidad de una oferta eficiente de energía eléctrica capaz de abastecer la demanda en el Sistema Interconectado Nacional, mediante la remuneración parcial de la inversión por kilovatio instalado de los generadores que contribuyen a la confiabilidad del Sistema, bajo criterios de eficiencia y de hidrología crítica;

Que tal como se anunció mediante la Resolución CREG-029 de 2000, la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha analizado la experiencia de los primeros años de vigencia del Cargo por Capacidad, especialmente las cuatro asignaciones que se han hecho del mismo, así como la experiencia del último período de Fenómeno del Niño (1997-1998), y ha encontrado que, con el fin de lograr de una mejor forma el cumplimiento de los objetivos legales previstos con el establecimiento del mencionado cargo, se deben introducir modificaciones para mejorar su cálculo y aplicación;

Que las modificaciones al Cargo por Capacidad que se introducen mediante esta Resolución, tienen como objetivo fundamental reflejar señales necesarias para la sostenibilidad del Sistema Interconectado Nacional a largo plazo, y por ende, para la confiabilidad y la prestación eficiente del servicio público domiciliario de electricidad, consistentes en evaluar la firmeza específica de cada planta y/o unidad de generación y dar una mayor estabilidad al Cargo en su variación anual, lo cual resulta acorde con su objetivo de mediano plazo;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas consideró que, igualmente, las señales antes mencionadas, permitirían en un futuro cercano una posible transición hacia un esquema de mercado para la asignación del Cargo por Capacidad;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en cumplimiento del literal i), del Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, oyó el concepto del Consejo Nacional de Operación sobre las normas contenidas en esta Resolución;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su Sesión No. 134 del 24 de octubre de 2000, decidió modificar algunas disposiciones contenidas en la Resolución CREG-116 de 1996 mediante la Resolución CREG-072 de 2000;

Que la Resolución CREG-072 de 2000 presenta errores en su transcripción que se deben corregir, para lo cual se considera conveniente la expedición del texto íntegro de dicha resolución, con las respectivas correcciones y una aclaración sobre el reporte de los costos de combustible;

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. *Para efectos de la presente Resolución se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

FACTOR SERIE MENOR: *Coeficiente numérico por el cual se multiplica el valor de una serie hidrológica principal para obtener el valor de una serie menor.*

INFORMACIÓN HIDROLÓGICA OPERATIVA DEL SIN: *Información diaria reportada al CND, correspondiente a lo establecido en el Numeral 6.2*

(DECLARACIÓN DE DATOS HIDROLÓGICOS) de la Resolución CREG-025 de 1995 (Código de Operación) y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

SERIE HIDROLÓGICA ÚNICA DEL SIN: Es la serie de aportes de los ríos del SIN, utilizada para la determinación de la CRT del Cargo por Capacidad en el verano 1996-1997 y actualizada con la Información Hidrológica Operativa del SIN disponible en el CND al 10 de noviembre del año T para el cual se calcula la CRT. En el evento de encontrarse números negativos o faltantes en esta serie, estos serán remplazados por 0.001 (m3/seg).

Para los ríos secundarios se usará el Factor Serie Menor utilizado para el cálculo de la CRT del Cargo por Capacidad correspondiente al Verano 1996-1997.

ARTÍCULO 2o. El Anexo No. 1 de la Resolución CREG-116 de 1996, modificado por los Artículos 5o. y 7o. de la Resolución CREG-113 de 1998, por el Artículo 3o. de la Resolución CREG-047 de 1999 y por el Artículo 1o. de la Resolución CREG-059 de 1999, quedará así:

“ANEXO No. 1 PARÁMETROS BÁSICOS DEL MODELO DE LARGO PLAZO

El modelo de largo plazo del CND se correrá utilizando los siguientes parámetros básicos en las corridas que son objeto de la presente Resolución, con la información remitida por la CREG, correspondiente a la suministrada por los agentes en el formato establecido en el Anexo No 4 de la presente Resolución, y con la información de la UPME y del CND, a más tardar el 15 de noviembre de cada año:

a) Para el cálculo de la CRT de la Estación de Verano que se inicia en diciembre del año T, se partirá de los niveles de los embalses al 1 de diciembre del año T-1, y se usará para los veinticuatro meses siguientes a partir de esa fecha, una única serie hidrológica que se determinará de la siguiente manera:

$$Q_i^m = \min\{H_i^{n,m}\} \quad m = 1, \dots, 24.$$

Q_i^m = Caudales del río i en el mes m.

$H_i^{n,m}$ = Caudales para el río i en el mes m correspondiente al bienio n.

n = Bienios que comienzan en diciembre de 1950, diciembre de 1952, diciembre de 1956, diciembre de 1964, diciembre de 1967, diciembre de 1971, diciembre de 1975, diciembre de 1978, diciembre de 1981, diciembre de 1985, diciembre de 1990 y en diciembre de 1996. La CREG podrá incluir períodos críticos adicionales a medida que estos se presenten.

i = 1, ..., I; son los ríos que conforman el SIN para los cuales existan series históricas para alguno de los bienios n.

La información base para la aplicación de este literal corresponde a la Serie Hidrológica Única del SIN.

El resto del horizonte será corrido con las series hidrológicas corrientes del modelo.

b) Para el cálculo de la CRT de cada Estación de Verano, se tendrán en cuenta los niveles mínimos operativos de los embalses.

c) Para las plantas hidráulicas que hayan entrado a operar en el Mercado Mayorista en fechas posteriores al primero de diciembre del año T-1 su nivel de embalse será el correspondiente al que haya tenido al entrar en operación comercial, o el que prevea tener en el evento en que se trate de plantas cuya entrada en operación comercial sea en fecha posterior al 15 de noviembre del año T.

d) El modelo reflejará para todo su horizonte los índices de indisponibilidad de largo plazo (IH), calculados por los agentes de acuerdo con la metodología vigente. La indisponibilidad correspondiente a los mantenimientos programados no será considerada para el cálculo de la CRT de Verano.

e) Para las plantas y/o unidades de generación nuevas, el IH será el establecido en el Anexo CO-1 de la Resolución CREG-025 de 1995.

f) Para el cálculo de la CRT no se considerará la entrada de nuevos proyectos de generación con fecha de entrada posterior al 30 de abril del año T+1 para el cual se calcula la CRT del Cargo por Capacidad. Los parámetros de crecimiento de la demanda, de vulnerabilidad, de confiabilidad, de suministro, de costo de racionamiento y las fechas más probables de futuros proyectos de generación en el horizonte del modelo serán suministrados por la Unidad de Planeamiento Minero Energético (UPME). El modelo usará el escenario de demanda alta neta, y ajustará la Capacidad Remunerable Teórica Total de forma que cubra el 105% del escenario de demanda alta neta en cada mes del Verano, descontando la generación de las plantas no despachadas centralmente, con el fin de reflejar condiciones críticas y cubrir un margen de contingencias. Ver Anexo N° 3 de esta Resolución.

g) Costos de combustible de gas natural. Los costos de combustible por concepto de suministro de gas natural serán los correspondientes al Precio Máximo Regulado establecido en la Resolución CREG 023 de 2000, o aquellas que la modifiquen o complementen, de los campos productores donde el generador manifieste, a más tardar el 10 de noviembre, que compra su gas. Para el gas proveniente de campos que a la entrada en vigencia de la presente Resolución, tengan régimen de precio libre, los costos serán los que declare cada generador ante la CREG, lo cual deberán hacer a más tardar el 10 de noviembre.

Los costos por concepto de transporte corresponderán al cargo variable que remunere el 50% de la inversión en la Pareja de Cargos Regulados correspondiente al gasoducto o gasoductos utilizados, aprobada por la CREG en desarrollo de la Resolución CREG-001 de 2000. En caso de no contar con estos cargos al momento del cálculo de la CRT del Cargo por Capacidad, se utilizará como costo de transporte el correspondiente a los cargos variables establecidos en las Resoluciones CRE-019 de 1994 y CREG-057 de 1996.

En caso que el generador compre su gas de más de un campo productor, deberá declarar a la CREG qué proporción del total de gas utilizado proviene de cada uno de ellos, para poder calcular el costo variable ponderado de suministro y transporte.

Los costos de transporte y de suministro se expresan como \$/Unidad de

combustible, utilizando la Tasa Representativa del Mercado certificada por la Superintendencia Bancaria al 31 de octubre del año T para el cual se calcula la CRT del Cargo por Capacidad, cuando fuere del caso, y un poder calorífico único de 1 Mbtu/Kpc.

h) Para las plantas y/o unidades de generación que se hayan retirado del SIN durante el año en el cual se calcula el cargo por capacidad, se utilizará la información reportada que se haya utilizado para calcular el cargo por capacidad del año inmediatamente anterior.

i) Costos de combustible diferentes al Gas Natural. Los costos de combustible por concepto de suministro y transporte para las plantas que generen con combustibles diferentes al gas natural, serán los que reporte la UPME expresado como \$/Unidad de combustible.”

Cada año, la CREG actualizará con el CND el conjunto de parámetros técnicos y económicos del modelo y le dará su visto bueno antes de las corridas que son objeto de la presente Resolución”.

ARTÍCULO 3º. La presente Resolución rige a partir de su fecha de publicación en el Diario Oficial, y deroga la Resolución CREG-072 de 2000 y todas las disposiciones que le sean contrarias.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., el día

CARLOS CABALLERO ARGÁEZ

Ministro de Minas y Energía

Presidente”

CARMENZA CHAHÍN ÁLVAREZ

Director Ejecutivo

“RESOLUCIÓN CREG No. 111 DE 2000

(26 de diciembre de 2000)

Por la cual se modifican algunas disposiciones contenidas en la Resolución CREG-116 de 1996.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

CONSIDERANDO:

Que la Ley 143 de 1994, Artículo 20, definió como objetivo fundamental de la Regulación en el sector eléctrico, asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio;

Que para el cumplimiento del objetivo señalado, la ley 143 de 1994, Artículo 23, le atribuyó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, entre otras, las siguientes funciones:

- Crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia, para lo cual, la oferta eficiente, en el sector eléctrico, debe tener en cuenta la capacidad de generación de respaldo;*
- Establecer el Reglamento de Operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía;*
- Definir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía; y*
- Determinar las condiciones para la liberación gradual del mercado hacia la libre competencia.*

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en desarrollo de los objetivos y funciones señaladas, mediante la Resolución CREG-001 de 1996 creó un Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista;

Que mediante la Resolución CREG-116 de 1996, se adoptaron las normas de carácter general, impersonal y abstracto sobre el método de cálculo del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad, las cuales han sido precisadas y aclaradas por las Resoluciones CREG-113 de 1998 y CREG-047 y CREG-059 de 1999;

Que el Cargo por Capacidad busca garantizar la disponibilidad de una oferta eficiente de energía eléctrica capaz de abastecer la demanda en el Sistema Interconectado Nacional, mediante la remuneración parcial de la inversión por kilovatio instalado de los generadores que contribuyen a la confiabilidad del Sistema, bajo criterios de eficiencia y de hidrología crítica;

Que tal como se anunció mediante la Resolución CREG-029 de 2000, la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha analizado la experiencia de los primeros años de vigencia del Cargo por Capacidad, especialmente las cuatro asignaciones que se han hecho del mismo, así como la experiencia del último período de Fenómeno del Niño (1997-1998), y ha encontrado que, con el fin de lograr de una mejor forma el cumplimiento de los objetivos legales previstos con el establecimiento del mencionado cargo, se deben introducir modificaciones para mejorar su cálculo y aplicación;

Que mediante la Resolución CREG-072 de 2000, corregida y aclarada por la Resolución CREG-077 de 2000, se introdujeron ajustes al método de cálculo del Cargo por Capacidad, con el objetivo fundamental de reflejar señales necesarias para la sostenibilidad del Sistema Interconectado Nacional a largo plazo, y por ende, para la confiabilidad y la prestación eficiente del servicio público domiciliario de electricidad, consistentes en evaluar la firmeza específica de cada planta y/o unidad de generación y dar una mayor estabilidad al Cargo en su variación anual, lo cual resulta acorde con su objetivo de mediano plazo;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas consideró que, igualmente, las señales antes mencionadas, permitirían en un futuro cercano una posible transición hacia un esquema de mercado para la asignación del Cargo por Capacidad;

Que la CREG consideró conveniente establecer de manera explícita el método de cálculo de la Hidrología Crítica de que trata la Resolución CREG-077 de 2000 para cada uno de los ríos que conforman el Sistema Interconectado Nacional, dada la importancia de dicha Hidrología para la protección del Sistema;

Que la CREG llevará a cabo un estudio de consolidación y homogenización de las series hidrológicas históricas, y mientras tanto, se considera que la información base para el cálculo de dichas series deberá ser la reportada por las empresas y aprobada por el CNO mediante el procedimiento definido por este organismo;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en cumplimiento del literal i), del Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, oyó el concepto del Consejo Nacional de Operación sobre las normas contenidas en esta Resolución;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su Sesión No. 141 del 26 de diciembre de 2000, acordó expedir la presente Resolución;

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Para efectos de la presente Resolución se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

FACTOR SERIE MENOR: Coeficiente numérico por el cual se multiplica el valor de una serie hidrológica principal para obtener el valor de una serie menor.

INFORMACIÓN HIDROLÓGICA OPERATIVA DEL SIN: Información diaria reportada al CND, correspondiente a lo establecido en el Numeral 6.2 (DECLARACIÓN DE DATOS HIDROLÓGICOS) de la Resolución CREG-025 de 1995 (Código de Operación) y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan y la cual se publica como Informe de Operación de ISA o de la empresa donde opere el CND.

INFORMACIÓN HIDROLÓGICA OFICIAL DEL SIN: Información Hidrológica de los aportes de los ríos del SIN evaluada y aprobada por el procedimiento para verificación de parámetros establecido por el CNO en el Acta de Reunión 074 del 16 de julio de 1998 y los acuerdos que la modifiquen o sustituyan. Para las series hidrológicas que hasta la fecha no se han sometido a este procedimiento la Información Hidrológica Oficial del SIN es la información hidrológica con que contaba el CND antes del 16 de julio de 1998. Para las series hidrológicas de proyectos nuevos la Información Hidrológica Oficial del SIN será, mientras se someten al procedimiento de aprobación del CNO, aquella reportada en los respectivos Comités o Subcomités Técnicos del Consejo Nacional de Operación, o en su defecto la reportada para el Cargo por Capacidad del año 1999.

SERIE HIDROLÓGICA ÚNICA DEL SIN: Serie Hidrológica obtenida después de ejecutar el siguiente procedimiento:

- (1) Información Hidrológica Oficial del SIN.
- (2) La serie del numeral (1) actualizada con la Información Hidrológica Operativa del SIN hasta el mes de diciembre del año T-2 para el cual se calcula la CRT.
- (3) En caso de presentarse faltantes en la serie del numeral (2), éstos se reemplazarán con la Información Hidrológica Operativa del SIN.
- (4) En caso de presentarse faltantes para un mes dado en la serie del numeral (3), éstos se reemplazarán por el valor promedio para este mes de toda la serie del numeral (3).
- (5) En caso de existir números negativos en la serie del numeral (4), éstos se reemplazarán por el valor 0.01.
- (6) Para los ríos secundarios se usará el Factor Serie Menor utilizado para el cálculo de la CRT del Cargo por Capacidad correspondiente al Verano 1996-1997.

Una vez que la CREG obtenga los resultados del estudio que llevará a cabo sobre consolidación y homogenización de las series hidrológicas históricas, decidirá sobre la adopción de una Serie Hidrológica Única del SIN con base en los análisis de dichos resultados.

ARTÍCULO 2o. El Anexo No. 1 de la Resolución CREG-116 de 1996, modificado por los Artículos 5o. y 7o. de la Resolución CREG-113 de 1998, por el Artículo 3o. de la Resolución CREG-047 de 1999 y por el Artículo 1o. de la Resolución CREG-059 de 1999, quedará así:

**“ANEXO No. 1
PARÁMETROS BÁSICOS DEL MODELO DE LARGO PLAZO**

El modelo de largo plazo del CND se correrá utilizando los siguientes parámetros básicos en las corridas que son objeto de la presente Resolución, con la información remitida por la CREG, correspondiente a la suministrada por los agentes en el formato establecido en el Anexo No 4 de la presente Resolución, y con la información de la UPME y del CND, a más tardar el 15 de noviembre de cada año:

- a) Para el cálculo de la CRT de la Estación de Verano que se inicia en diciembre del año T, se partirá de los niveles de los embalses al 1 de diciembre del año T-1, y se usará para los veinticuatro meses siguientes a partir de esa fecha, una única serie hidrológica que se determinará de la siguiente manera:

$$Q_i^m = \min\{H_i^{n,m}\} \quad m = 1, \dots, 24.$$

Q_i^m = Caudales del río i en el mes m.

$H_i^{n,m}$ = Caudales para el río i en el mes m correspondiente al bienio n.

n = Bienios que comienzan en diciembre de 1950, diciembre de 1952, diciembre de 1956, diciembre de 1964, diciembre de 1967, diciembre de 1971, diciembre de 1975, diciembre de 1978, diciembre de 1981, diciembre de 1985, diciembre de 1990 y en diciembre de 1996. La CREG podrá incluir períodos críticos adicionales a medida que estos se presenten.

$i = 1, \dots, I$; son los ríos que conforman el SIN para los cuales existan series históricas para alguno de los bienios n .

El resto del horizonte será corrido con las series hidrológicas corrientes del modelo.

La información base para la aplicación de este literal corresponde a la Serie Hidrológica Única del SIN.

- b) Para el cálculo de la CRT de cada Estación de Verano, se tendrán en cuenta los niveles mínimos operativos de los embalses.
- c) Para las plantas hidráulicas que hayan entrado a operar en el Mercado Mayorista en fechas posteriores al primero de diciembre del año $T-1$ su nivel de embalse será el correspondiente al que haya tenido al entrar en operación comercial, o el que prevea tener en el evento en que se trate de plantas cuya entrada en operación comercial sea en fecha posterior al 15 de noviembre del año T .
- d) El modelo reflejará para todo su horizonte los índices de indisponibilidad de largo plazo (IH), calculados por los agentes de acuerdo con la metodología vigente. La indisponibilidad correspondiente a los mantenimientos programados no será considerada para el cálculo de la CRT de Verano.
- e) Para las plantas y/o unidades de generación nuevas, el IH será el establecido en el Anexo CO-1 de la Resolución CREG-025 de 1995.
- f) Para el cálculo de la CRT no se considerará la entrada de nuevos proyectos de generación con fecha de entrada posterior al 30 de abril del año $T+1$ para el cual se calcula la CRT del Cargo por Capacidad. Los parámetros de crecimiento de la demanda, de vulnerabilidad, de confiabilidad, de suministro, de costo de racionamiento y las fechas más probables de futuros proyectos de generación en el horizonte del modelo serán suministrados por la Unidad de Planeamiento Minero Energético (UPME). El modelo usará el escenario de demanda alta neta, y ajustará la Capacidad Remunerable Teórica Total de forma que cubra el 105% del escenario de demanda alta neta en cada mes del Verano, descontando la generación de las plantas no despachadas centralmente, con el fin de reflejar condiciones críticas y cubrir un margen de contingencias. Ver Anexo N° 3 de esta Resolución.
- g) Costos de combustible de gas natural. Los costos de combustible por concepto de suministro de gas natural serán los correspondientes al Precio Máximo Regulado establecido en la Resolución CREG 023 de 2000, o aquellas que la modifiquen o complementen, de los campos productores donde el generador manifieste, a más tardar el 10 de noviembre, que compra su gas. Para el gas proveniente de campos que a la entrada en vigencia de la presente Resolución, tengan régimen de precio libre, los costos serán los que declare cada

generador ante la CREG, lo cual deberán hacer a más tardar el 10 de noviembre.

Los costos por concepto de transporte corresponderán al cargo variable que remunere el 50% de la inversión en la Pareja de Cargos Regulados correspondiente al gasoducto o gasoductos utilizados, aprobada por la CREG en desarrollo de la Resolución CREG-001 de 2000. En caso de no contar con estos cargos al momento del cálculo de la CRT del Cargo por Capacidad, se utilizará como costo de transporte el correspondiente a los cargos variables establecidos en las Resoluciones CRE-019 de 1994 y CREG-057 de 1996.

En caso que el generador compre su gas de más de un campo productor, deberá declarar a la CREG qué proporción del total de gas utilizado proviene de cada uno de ellos, para poder calcular el costo variable ponderado de suministro y transporte.

Los costos de transporte y de suministro se expresan como \$/Unidad de combustible, utilizando la Tasa Representativa del Mercado certificada por la Superintendencia Bancaria al 31 de octubre del año T para el cual se calcula la CRT del Cargo por Capacidad, cuando fuere del caso, y un poder calorífico único de 1 Mbtu/Kpc.

- h) Para las plantas y/o unidades de generación que se hayan retirado del SIN durante el año en el cual se calcula el cargo por capacidad, se utilizará la información reportada que se haya utilizado para calcular el cargo por capacidad del año inmediatamente anterior.
- i) Costos de combustible diferentes al Gas Natural. Los costos de combustible por concepto de suministro y transporte para las plantas que generen con combustibles diferentes al gas natural, serán los que reporte la UPME expresado como \$/Unidad de combustible.”

Cada año, la CREG actualizará con el CND el conjunto de parámetros técnicos y económicos del modelo y le dará su visto bueno antes de las corridas que son objeto de la presente Resolución”.

ARTÍCULO 3o. La presente Resolución rige a partir de su fecha de publicación en el Diario Oficial, e incorpora, modifica y sustituye la Resolución CREG-077 de 2000 y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS CABALLERO ARGÁEZ
Ministro de Minas y Energía
Presidente”.

CARMENZA CHAHÍN ÁLVAREZ
Director Ejecutivo

VIII.3. Cuestión previa: la excepción de falta de legitimación en la causa alegada por el Ministerio de Minas y Energía

En su escrito de contestación a la demanda presentada bajo el radicado nro. 2002-00122-01, EL MINISTERIO propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. Expone que este ente *“no tiene dentro de sus funciones específicas las de regular los monopolios en la prestación de los 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 como lo establece el artículo 73 de la ley 142 de 1994”*¹¹⁷. Y señala que el medio exceptivo debe prosperar, toda vez que dicha Cartera no participó en la causa que originó la demanda ni por acción ni por omisión, por lo cual no puede ser vinculado al proceso que se adelanta.

Encuentra la Sala que la excepción propuesta debe ser desestimada por carecer de fundamento. Esto, debido a que si bien es cierto que según lo previsto por el artículo 149 del CCA en los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o **por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto**, así como que el artículo 69 de la LSPD estatuyó las comisiones de regulación (entre ellas a la CREG) como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y que en el *sub judice* se debaten resoluciones adoptadas por la CREG en ejercicio de sus funciones regulatorias, también lo es que según lo expresado en la LSPD y en la LSE al interior de este órgano regulador en particular y del sector eléctrico en general EL MINISTERIO desempeña un papel muy significativo, que justifica a las claras su vinculación en este proceso.

¹¹⁷ Ídem.

En efecto, de conformidad con lo establecido por el artículo 21 de la LSE, además de los expertos comisionados, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Nacional de Planeación, **la CREG está integrada también por el Ministro de Minas y Energía, quien la preside.** Adicionalmente, según lo establecido por el artículo 12 de la LSE, le corresponde definir los requerimientos de calidad, confiabilidad y seguridad que enmarcan la planeación de la expansión del Sistema Interconectado Nacional. De igual forma debe contar, según lo previsto por el artículo 17 de la LSE, con un cuerpo consultivo permanente, conformado por representantes de las empresas del sector energético, del orden nacional y regional y de los usuarios, que deberá conceptuar previamente a la adopción de los planes, programas y proyectos de desarrollo de cada subsector y proponer las acciones pertinentes para garantizar que éstos se realicen de acuerdo con lo establecido en el Plan Energético Nacional. Del mismo modo debe, según las reglas generales fijadas por el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas relacionados con sus competencias (numeral 6) y adelantar su ejecución, lo mismo que orientar, coordinar y controlar a las entidades descentralizadas que se encuentran adscritas a él (numeral 7). En resumen, un cúmulo de responsabilidades frente a la gestión global del sector, en general, y a la adopción de medidas regulatorias como las enjuiciadas, en particular, que fundamentan su interés directo en el asunto que se debate.

A este respecto, debe recordar la Sala que la legitimación para obrar, según ha explicado la doctrina, se concreta en el conjunto de *“circunstancias, condiciones y calidades, existentes en determinados sujetos, y en virtud de las cuales éstos pueden pretender la declaración de la existencia o inexistencia de una relación*

*jurídica particular*¹¹⁸. De manera más puntual estas circunstancias, condiciones y calidades se concretan en el hecho de ser el sujeto “*titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico*”¹¹⁹ o, como sucede en este caso, de ostentar EL MINISTERIO intereses decisivos en la relación jurídica que se debate, a la vista de los numerosos vínculos orgánicos y funcionales que existen con el ente responsable de la producción del acto demandado.

Siendo esto así, la Sala estima que la excepción propuesta carece de fundamento y, por ende, EL MINISTERIO se encuentra legitimado para contradecir las pretensiones de los demandantes y ser parte en este proceso y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

VIII.4. Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Vulneran las resoluciones demandadas lo previsto por el artículo 23 literal a) inciso 2º de la LSE por haberse apartado del índice de confiabilidad del 95% establecido por la UPME en el Plan de Expansión Referencia Generación – Transmisión 1998 - 2010?
- ¿Desconocen las resoluciones demandadas el artículo 36 del CCA por resultar desproporcionadas frente a los fines que persigue y los hechos que originaron su expedición?
- ¿Atentan las resoluciones demandadas contra el artículo 13 de la Constitución por brindar un trato diferente a las plantas generadoras hidráulicas en relación con el tratamiento otorgado a las termogeneradoras?
- ¿Se incurrió en las resoluciones demandadas en falsa motivación por no expresar de manera suficiente y cierta las verdaderas razones que dieron lugar a la modificación de la serie hidrológica crítica que sirve de base para el cálculo del cargo por capacidad, lo mismo que por no contar con un fundamento científico sólido para ello?
- ¿Transgreden las resoluciones demandadas el principio de eficiencia económica que debe perseguir la regulación del sector energético?

¹¹⁸ U. ROCCO. *Teoría general del proceso civil*, México, Editorial Porrúa, 1959, p. 254.

¹¹⁹ *Ídem*, p. 256.

- ¿Violan las resoluciones demandadas los artículos 73 y 74 de la LSPD al afectar la libre competencia que la CREG tiene el deber de promover?

VIII.5. Análisis del caso

En orden a resolver los problemas jurídicos planteados en el apartado anterior la Sala comenzará por realizar algunas consideraciones generales sobre lo que es y el sentido del cargo por capacidad (1), para proceder a examinar luego los estudios técnicos aportados y determinar el valor probatorio que se les va a reconocer (2). Enseguida se evaluará lo referente a la supuesta infracción del artículo 23, literal a), inciso 2º, de la LSE (3), continuar con el análisis de la proporcionalidad de la medida (4), su relación con el principio de igualdad (5), su motivación (6), su conformidad con el principio de eficiencia económica (7) y, por último, su supuesto potencial de afectación de la libre competencia (8). Con base en estas consideraciones se resolverá la controversia planteada (9).

VIII.5.1. El cargo por capacidad en la regulación energética colombiana

El cargo por capacidad tiene su fundamento y origen en el cargo por respaldo establecido por la LSE como respuesta al período crítico experimentado por el país durante el fenómeno del Niño 1991-1992, que afectó seriamente los niveles de embalses generadores de energía hidroeléctrica y obligó a realizar cortes de energía por varias horas al día en todo el territorio nacional entre el 2 de mayo de 1992 y el 7 de febrero de 1993, con intensidades variables dependiendo de las zonas¹²⁰. Con él se busca remunerar a los operadores que brindan firmeza al Sistema Interconectado Nacional (en adelante SIN) con el fin de evitar el desabastecimiento de la demanda en épocas de sequía. Esto, debido a que la energía eléctrica en el país proviene mayoritariamente de plantas de generación hidráulica (77% aproximadamente) y solo en menor medida de plantas de

¹²⁰ https://es.wikipedia.org/wiki/Crisis_energ%C3%A9tica_de_1992_en_Colombia

generación térmica (18%)¹²¹, y en períodos de hidrología crítica las plantas hidráulicas pueden afrontar dificultades para cubrir los requerimientos de todos los usuarios. Por esta razón, en épocas de sequía similar a las que representa el fenómeno de El Niño se hace imperioso contar con plantas de generación con energía firme, que aseguren el cubrimiento de la demanda. De lo contrario, se repetirían los episodios de racionamiento, con altos costos para la economía nacional y el bienestar general¹²². Por ende, **el cargo por capacidad es un instrumento de intervención orientado a proteger al Sistema y a salvaguardar los intereses generales envueltos en la satisfacción permanente y continua de la demanda** de energía de los usuarios del SIN¹²³.

No de otra manera se explica que el propio legislador haya previsto la existencia de un instrumento de esta índole. En aras de dar cumplimiento al mandato de la LSE y poder remunerar a todas las plantas que proporcionan firmeza al Sistema, la CREG expidió las resoluciones nros. 01 de 1996 y 116 del mismo año. Por medio de la primera se creó el cargo por capacidad en el mercado mayorista de electricidad y se defirió para una resolución futura la definición de las reglas aplicables para su cálculo, remuneración, cobro y pago. Éstas fueron fijadas posteriormente por la segunda. Según explica la CREG en el Documento 097 de 2000, *“el cargo por capacidad se diseñó como un ingreso mínimo que remunera parcialmente la inversión por kilovatio instalado de los generadores que contribuyen a la confiabilidad del sistema, bajo criterios de eficiencia y de hidrología crítica”*¹²⁴.

Aun cuando este mecanismo entró en vigencia el 1o. de enero de 1997 y su permanencia debía ser revisada por la CREG a los diez años, contados a partir de

¹²¹ http://www.creg.gov.co/cxc/secciones/que_es/que_es.htm

¹²² Ídem.

¹²³ Sistema Interconectado Nacional.

¹²⁴ Folio 389 Cuaderno Especial del Expediente 2002-00122.

esa fecha¹²⁵, analizada la experiencia de los primeros años, lo mismo que lo sucedido en el último período del Fenómeno de El Niño (1997-1998), se encontró que era necesario introducir modificaciones para mejorar su cálculo y aplicación.

Efectuados los estudios técnicos y jurídicos correspondientes se concluyó que era necesario y legítimo introducir modificaciones puntuales a la Resolución 116 de 1996, especialmente en lo concerniente a la contingencia hidrológica frente a la cual se busca proteger al SIN¹²⁶. Con base en dichos estudios, surtidos los trámites pertinentes frente al sector, al Consejo Nacional de Operación y al interior de la Comisión, esta revisión se cristalizó en las resoluciones demandadas. Naturalmente este cambio en la regulación conlleva un ajuste en la distribución de los recursos que se asignan en virtud del cargo por capacidad, pues las nuevas fórmulas inciden en la forma como se reparten estos recursos entre los diferentes generadores de energía.

VIII.5.2. Valoración de los conceptos técnicos aportados con las demandas y sus contestaciones

Dado el carácter técnico de varios de los debates que se plantean en las demandas interpuestas, a ellas se acompañaron estudios técnicos enderezados a soportar las censuras elevadas contra los actos demandados. Los debates generados al interior del proceso sobre el valor que debe reconocerse a estos estudios hace forzoso detenerse a precisar las bases fundamentales de su estimación como parte del acervo probatorio recaudado en el curso del trámite.

Así, se tiene que la demanda radicada por el ciudadano JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, EMGESA y BETANIA (Radicado nro. 2001-00090-01) vino acompañada,

¹²⁵ Artículo 13 de la Resolución No. 116 de 1996.

¹²⁶ Los antecedentes de los actos administrativos demandados figuran entre folios 174-330 del Cuaderno Especial del Expediente 2002-00122.

de una parte, de sendos conceptos técnicos elaborados por *Menlo Energy Economics* e Integral Ingenieros Consultores respecto de los ajustes al cargo por capacidad, y el postgrado en aprovechamiento de los recursos hidráulicos, Facultad de Minas, Universidad Nacional de Colombia, Medellín, sobre la definición de la serie hidrológica única del SIN según Resolución CREG 007 de 2000, para el caso Guavio¹²⁷, y de otra, de la propuesta de hidrología crítica de la CREG consignada en el documento *“Análisis de eventos hidrológicos críticos para la componente hidráulica del sector eléctrico colombiano”*¹²⁸.

Asimismo, la demanda incoada por el ciudadano UMAÑA TRUJILLO y CHIVOR (Radicado nro. 2002-00122-01), allegó los estudios técnicos rendidos por el Posgrado de aprovechamiento de los recursos hidráulicos, Facultad de Minas, Universidad Nacional de Colombia, Medellín, sobre la definición de la serie hidrológica única del SIN para el caso Chivor¹²⁹; lo mismo que por el laboratorio de hidráulica del Departamento de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de Bogotá - Colombia, sobre la utilización de la serie seca en modelo de generación hidroeléctrica¹³⁰; y el estudio de la reglamentación asociada al cargo por capacidad y su impacto sobre Chivor elaborado por el Ingeniero Jesús Velásquez¹³¹. También se acompañan a esta demanda los documentos *“Análisis de la corrida del cargo por capacidad año 2001”*¹³² y *“Análisis de la corrida del cargo por capacidad año 2002”*¹³³, elaborado por la Dirección de Bolsa de la compañía *The Global Power Company*¹³⁴.

¹²⁷ Folios 440-452 del AZ correspondiente a las pruebas aportadas por la parte actora dentro del proceso con Rad. No. 2001-00090.

¹²⁸ Folios 454-459 ídem.

¹²⁹ Folios 554-566 del Cuaderno de pruebas aportadas por la parte actora dentro del proceso con Rad. No. 2002-00122.

¹³⁰ Folios 567-570 ídem.

¹³¹ Folios 609-892 ejusdem.

¹³² Folios 594-592 ídem.

¹³³ Folios 599-604 ibídem.

¹³⁴ Folios 594-604 ibídem.

Con ellos se busca acreditar tanto que la serie de hidrología crítica definida por la CREG desconoce el criterio de confiabilidad definido por la UPME en un nivel de 95%, como la irrealidad o inviabilidad hidrológica de la serie definida por el órgano regulador, cuya posibilidad de ocurrencia es tan remota que termina por hacer desproporcionadas las medidas adoptadas con base en ella. También se subraya la ineficiencia económica a largo plazo de las previsiones adoptadas y sus implicaciones negativas sobre la expansión del Sistema. Esto último, en la medida en que el sobre incentivo de las plantas térmicas en perjuicio de las hidráulicas hará depender cada vez más el SIN del uso de combustibles fósiles; lo cual acabará por convertir a aquellas en actores decisivos para la determinación de los precios de despacho (con sus mayores costos de funcionamiento) y aumentará el riesgo de agotamiento de los yacimientos de combustibles.

Los entes demandados, por su parte, allegan un concepto técnico en el cual además de poner en duda la autoría de los conceptos que los demandantes presentan como trabajo de la Universidad Nacional, dado que no se encuentran suscritos ni existe documentación alguna de soporte que acredite dicho origen, se ponen en cuestión los interrogantes que los experticios plantean sobre la validez de la hidrología adoptada por las resoluciones demandadas¹³⁵. En criterio del estudio técnico aportado por los demandados se pone de relieve que *“la CREG utiliza la hidrología para un objetivo muy diferente al que supone dicho autor, cual es el de establecer una hidrología crítica para la estimación de la capacidad remunerable del cargo por capacidad, mientras el autor del CE, analiza dicha serie hidrológica con fines de predicción, en cuyo caso las tendencias promedio serían sin duda las más adecuadas. Obviamente, al tener objetivos claramente diferentes, cualquier interpretación de los resultados será objeto de*

¹³⁵ Folios 172-188 del Cuaderno 1. Aportado también en el expediente con Rad. No. 2002-00122 a folios 402-418.

*controversia*¹³⁶. Resalta que la metodología acogida busca “reflejar las condiciones críticas de aportes de los embalses y no condiciones promedio”¹³⁷. Subraya que esta circunstancia resulta decisiva, toda vez que una cosa es reflejar el promedio histórico de una serie y otra reflejar una serie crítica. En consecuencia, apunta, “si el regulador hubiese escogido dicha serie, para los períodos 95-96 y 97-98, se estarían sobre valorando los aportes hídricos de dicho río, pues se estaría asumiendo en esencia una hidrología promedio y no una hidrología crítica”¹³⁸.

Añade que no se puede olvidar, como pareciera hacerlo el estudio técnico de la parte demandante, que “la serie SUSIN no pretende pronosticar las condiciones hidrológicas de cada río, sino que por el contrario la hidrología utilizada para la estimación del cargo por capacidad se hace considerando la situación crítica de cada aporte hidrológico en particular”¹³⁹. Señala que, aunque la serie hidrológica crítica adoptada es de baja probabilidad de ocurrencia, “se presentó en la realidad al mes siguiente de haber tomado los datos para el cálculo”¹⁴⁰, por lo cual “la realidad demuestra que la serie adoptada no es tan improbable como asegura el autor del CT”¹⁴¹.

El auto de 30 de noviembre de 2001, que abrió a pruebas el proceso con radicado nro. 2001-00090, da valor de prueba documental a estos experticios y dispone valorarlos “en cuanto fueren conducentes y por el valor que les corresponda en derecho”¹⁴².

¹³⁶ Folio 172 del Cuaderno 1.

¹³⁷ Folio 173 ídem.

¹³⁸ Folio 176 ibídem.

¹³⁹ Folio 178 ejusdem.

¹⁴⁰ Folio 180 ídem.

¹⁴¹ Folio 181 ibídem.

¹⁴² Folio 205 ídem.

Esta determinación fue objeto de recurso de reposición por el apoderado de la parte demandada¹⁴³, quien solicitó precisar el sentido que tiene predicar carácter documental de dichas pruebas, recordando que en la contestación de la demanda solicitó que de llegar a dárseles carácter de peritaje se tuviera en cuenta el experticio aportado por los demandados a efectos de decretar una prueba pericial que dirima la controversia entre los conceptos técnicos presentados (artículo 10.1 de la Ley 446 de 1998), o de tenerse por documentos emanados de terceros se convoque a dicho tercero a ratificar su dicho (artículo 10.2 ídem).

El recurso incoado fue resuelto mediante auto de 16 de mayo de 2002, por medio del cual se confirmó lo dispuesto en el auto recurrido¹⁴⁴. Esto, por considerar que *“en la oportunidad procesal pertinente para la apreciación de las pruebas, que es al momento de fallar, es donde el juzgador, conforme lo previene el artículo 187 del CPC, expondrá razonadamente el mérito que le asigna a cada una”*¹⁴⁵.

Por otro lado, en el expediente nro. 2002-00122-01, se observa que mediante auto de 13 de mayo de 2002 se abrió el trámite a pruebas¹⁴⁶, disponiendo que los documentos aportados por las partes contentivos de los experticios referenciados se tendrían como pruebas *“en cuanto fueren conducentes y por el valor que les corresponda en derecho”*¹⁴⁷.

De acuerdo con esta situación, encuentra la Sala que a los referidos conceptos técnicos (i) se les otorgó el valor de **pruebas documentales**, (ii) cuyas conclusiones deben ser analizadas y ponderadas a la luz de la sana crítica y con

¹⁴³ Folios 206-208 ibídem.

¹⁴⁴ Folios 322-324 ídem.

¹⁴⁵ Folio 323 ejusdem.

¹⁴⁶ Folios 494-498 del Cuaderno Especial del Expediente 2002-00122.

¹⁴⁷ Folio 498 ibídem.

arreglo a las conclusiones que se desprenden de la valoración del conjunto de evidencias recaudadas.

Por este motivo, estima la Sala que la valoración de esta documentación requiere el cumplimiento de los requisitos fijados al respecto por la legislación vigente. En consecuencia, dado que el concepto técnico preparado por *Menlo Energy Economics* e Integral Ingenieros Consultores (en adelante INTEGRAL), denominado “*Study of Capacity Charges for Hydro-Based Systems in Colombia*”, fue aportado en idioma extranjero y no se acompañó una traducción realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores ni por un traductor oficial, no es posible su valoración en este juicio. Esto, conforme lo exige el artículo 251¹⁴⁸ del Código General del Proceso¹⁴⁹.

En cambio, sí es susceptible de apreciación el anexo técnico a este documento preparado por INTEGRAL¹⁵⁰, toda vez que está en lengua castellana y el ingeniero JOSÉ VICENTE GUZMÁN SOSSA reconoce su autoría en el documento remitido a BETANIA S.A. E.S.P., fechado 6 de marzo de 2001. Igualmente, se estima apto para su valoración el estudio de la reglamentación asociada al cargo por capacidad y su impacto sobre Chivor elaborado por el Ingeniero Jesús

¹⁴⁸ Dicha disposición prevé: “Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano pueden apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor. [...]”.

¹⁴⁹ En sentencia de 31 de julio de 2014 esta Sala de Decisión declaró la nulidad de una sanción impuesta por la DIAN por irregularidades procesales cometidas en su proceso de formación, entre otras, porque “valoró inadecuadamente los recaudados (factura en inglés)”, con desconocimiento de lo previsto por el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “*para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente*”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 31 de julio de 2014, Rad. No. 2010 00541 01. C.P.: María Elizabeth García González.

¹⁵⁰ Folios 283-364 del AZ correspondiente a las pruebas aportadas por la parte actora dentro del proceso con Rad. No. 2001-00090.

Velásquez¹⁵¹, pues a folio 608 del respectivo cuaderno de pruebas obra el oficio remitido, con fecha 1o. de marzo de 2002, por medio del cual el referido ingeniero puso a disposición de CHIVOR el documento “*Estudio técnico de la reglamentación asociada al cargo por capacidad y su impacto en Chivor S.A. E.S.P.*”. Lo mismo sucede con los documentos “*Análisis de la corrida del cargo por capacidad año 2001*”¹⁵² y “*Análisis de la corrida del cargo por capacidad año 2002*”¹⁵³, elaborado por la Dirección de Bolsa de la compañía *The Global Power Company*¹⁵⁴, remitidos a CHIVOR por la Directora de Bolsa de esta firma mediante escrito de 19 de marzo de 2002.

Por último, aunque su autenticidad podría generar controversia dada la ausencia de soportes adecuados que la acrediten de manera fehaciente, en virtud de la presunción constitucional de buena fe del artículo 83 Superior y de la ausencia de tacha de falsedad debidamente presentada por la parte demandada, también son susceptibles de valoración los documentos que contienen los conceptos técnicos atribuidos a la Facultad de Minas de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín, y al Laboratorio de Hidráulica del Departamento de Ingeniería Civil de la misma Universidad, sede Bogotá.

La Sala pone de presente que a causa del elevado carácter técnico de varias de las controversias que se someten a su consideración en el *sub lite* y de las notables contradicciones que presentan entre sí los conceptos técnicos vertidos en los estudios presentados, se impone analizar y ponderar sus contenidos a la luz de las reglas de la sana crítica y con arreglo a las conclusiones que se desprenden de la valoración del conjunto de evidencias recaudadas a lo largo de

¹⁵¹ Folios 609-892 del Cuaderno de pruebas aportadas por la parte actora dentro del proceso con Rad. No. 2002-00122.

¹⁵² Folios 594-592 ídem.

¹⁵³ Folios 599-604 íbidem.

¹⁵⁴ Folios 594-604 íbidem.

este proceso. Con igual cautela deberán ser apreciados los testimonios que fueron tachados por sospecha por la parte demandada en desarrollo del proceso.

VIII.5.3. Las resoluciones demandadas y la autonomía de la CREG frente a los criterios fijados por la UPME

Corresponde a la Sala determinar si las resoluciones demandadas vulneran lo previsto por el artículo 23, literal a), inciso 2º, de la LSE, de acuerdo con el cual *“la oferta eficiente tendrá en cuenta la capacidad de generación de respaldo, la cual será valorada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, según los criterios que establezca la Unidad de Planeación Minero Energética en el plan de expansión”*. Esto, por haberse apartado del índice de confiabilidad del 95% establecido por la UPME en el Plan de Expansión Referencia Generación – Transmisión 1998 – 2010. Según aducen los demandantes, al obrar de esta manera y establecer un índice de confiabilidad del 99.9% se ignoró que según la LSE las determinaciones que a este respecto adopta la UPME tienen carácter de normas de orden público y resultan vinculantes para la CREG.

En orden a resolver el cuestionamiento planteado, la Sala estima pertinente efectuar algunas consideraciones generales en relación con la función regulatoria del sector energético a cargo de la CREG para revisar luego si la decisión contenida en las resoluciones atacadas vulnera o no lo previsto por el artículo 23, literal a), inciso 2º, de la LSE.

a) La función regulatoria del sector energético a cargo de la CREG

De conformidad con el modelo de prestación de servicios públicos delineado por el artículo 365 de la Constitución, con arreglo al cual se trata de actividades inherentes al carácter social del Estado pero no reservadas a él y abiertas a la libre competencia de actores públicos y privados, las leyes 142 y 143 de 1994

establecieron un régimen ajeno al monopolio público, edificado sobre un esquema de prestación empresarial, en un entorno de competencia regulada por autoridades especiales, cualificadas por su neutralidad política y carácter experto. El objetivo: lograr la eficiencia, calidad y cobertura adecuadas en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, sin perjuicio de la equidad y universalidad que debe caracterizar a este ámbito, concretadas en figuras como los subsidios a los menos favorecidos y el régimen de protección a los usuarios. La implicación e incorporación del sector privado en estas actividades, hasta el momento constitutivas de responsabilidades típicamente públicas, se vio como una forma apropiada de superar los problemas que en relación con la accesibilidad, continuidad, calidad, cobertura, adaptabilidad y eficiencia en la prestación de estos servicios identificaron al modelo público de prestación.

En este contexto, la función de regulación a cargo de las comisiones de regulación creadas por la LSPD y la LSE resulta fundamental. Ella se justifica *“por la necesidad de preservar o restablecer el equilibrio que debe existir entre aquellos actores que abrigan intereses legítimos contrapuestos en un ámbito socioeconómico que es de suyo dinámico y competitivo, de tal suerte que el rol a desempeñar por parte del Estado, debe traducirse básicamente en la orientación de tales actividades hacia los fines de interés general que han sido señalados por el constituyente y el legislador”*¹⁵⁵. En últimas, según ha expresado la jurisprudencia constitucional, la regulación de los servicios públicos domiciliarios *“es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr*

¹⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de abril de 2009, Rad. No. 11001 0324 000 2004 00123 01. C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

*una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias*¹⁵⁶.

En estas condiciones, pese a no tener rango constitucional (por ser de creación legal), no cabe duda que **en tanto responsables finales de la actividad de regulación (parágrafo del artículo 69 de la LSPD), las comisiones de regulación tienen el carácter de pieza central dentro del engranaje institucional sobre el que la Constitución y la ley han cimentado el modelo de responsabilidad pública por la garantía de la prestación eficiente de los servicios públicos en un entorno de libre competencia** entre operadores públicos, privados y mixtos. Sobre sus hombros recae entonces buena parte de la responsabilidad de hacer funcionar el modelo perfilado por la Constitución y establecido por las leyes 142 y 143 de 1994.

Por esto, y, especialmente, en atención a la complejidad y trascendencia social y económica de su misión, la doctrina ha sostenido que el desarrollo de la actividad de regulación exige el cumplimiento de distintas condiciones: una postura neutral frente al juego económico, capacidad técnica de arbitraje de los intereses en presencia, una acción continua que haga posible el cumplimiento de sus fines y un repertorio amplio de instrumentos de intervención adaptable a la complejidad de las diversas situaciones que han de enfrentarse¹⁵⁷. Así, además de una serie de características orgánicas especiales (independencia política, neutralidad económica y perfil técnico), las agencias reguladoras precisan estar dotadas de las competencias necesarias para cumplir con sus cometidos y tener a su disposición una pluralidad de herramientas que les permitan honrar sus

¹⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000.

¹⁵⁷ Así, p. ej., JACQUES CHEVALLIER. *El Estado postmoderno* (Trad. Oswaldo Pérez), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 109.

compromisos con el Estado, la comunidad en general y los sectores regulados en particular¹⁵⁸.

Así, aun cuando con arreglo al artículo 14.18 de la LSPD¹⁵⁹ la regulación puede concebirse en un sentido estricto como una actividad administrativa esencialmente normativa, consistente en *“la producción por parte de autoridades administrativas especializadas de reglas para el desarrollo de una actividad económica que por sus implicaciones para el interés general no puede confiarse solo a las leyes del libre mercado”*¹⁶⁰; no cabe duda de que la tarea de regular ámbitos tan esenciales del sistema económico como son los servicios públicos domiciliarios trasciende la sola facultad de establecer marcos normativos para el desarrollo material de esta clase de actividad económica.

¹⁵⁸ En relación con este último asunto, la Corte Constitucional ha resaltado que *“[d]adas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia”*. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

¹⁵⁹ De acuerdo con esta disposición, la regulación de los servicios públicos domiciliarios es *“[l]a facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”*.

¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2014. Rad. No. 25000 23 24 000 2005 00654 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

Ello explica que en orden a cumplir la específica misión que le atribuye el artículo 20 de la LSE a la función de regulación por parte del Estado, consistente en “asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio”, la CREG “promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible”, y el artículo 23 de la LSE le reconozca a este organismo un sinnúmero de competencias en relación con diferentes aspectos del funcionamiento del sector energético, a saber:

“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:*

- a) *Crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia.*

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

- b) *Determinar las condiciones para la liberación gradual del mercado hacia la libre competencia;*

c) *Definir la metodología para el cálculo de las tarifas por el acceso y uso de las redes eléctricas, y los cargos por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales de despacho y el centro nacional de despacho;*

d) *Aprobar las tarifas que deban sufragarse por el acceso y uso de las redes eléctricas y los cargos por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales de despacho y Centro Nacional de Despacho;*

e) *Definir la metodología para el cálculo de las tarifas aplicables a los usuarios regulados del servicio de electricidad;*

f) *Fijar las tarifas de venta de electricidad para los usuarios finales regulados. Esta facultad podrá ser delegada en las empresas distribuidoras, en cumplimiento de sus funciones de comercialización bajo el régimen de libertad regulada;*

g) Definir, con base en criterios técnicos, las condiciones que deben reunir los usuarios regulados y no regulados del servicio de electricidad;

h) Definir los factores que deban aplicarse a las tarifas de cada sector de consumo con destino a cubrir los subsidios a los consumos de subsistencia de los usuarios de menores ingresos. Estos factores deben tener en cuenta la capacidad de pago de los usuarios de menores ingresos, los costos de la prestación del servicio y el consumo de subsistencia que deberá ser establecido de acuerdo a las regiones;

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;

j) Establecer pautas para el diseño, normalización y uso eficiente de equipos y aparatos eléctricos;

k) Interpretar las definiciones contempladas en el artículo 11 de la presente Ley;

l) Precisar el alcance de las competencias relativas al otorgamiento del contrato de concesión;

m) Conocer de las tarifas de los usuarios no regulados;

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

o) Reglamentar la prestación del servicio eléctrico en los barrios subnormales y áreas rurales de menor desarrollo;

p) Definir mediante arbitraje los conflictos que se presenten entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector en cuanto a interpretación de los acuerdos operativos y comerciales;

q) Velar por la protección de los derechos de los consumidores, en especial los de estratos de bajos ingresos;

r) Las funciones previstas en el artículo 11 del Decreto 2119 de 1992, que continuará vigente en cuanto no sea contrario a lo dispuesto en este artículo, y las demás que le señalen las normas legales pertinentes.

A la luz de estas disposiciones, y sin perjuicio de los importantes roles que ha reservado la LSE a otras entidades del sector como el Ministerio de Minas y Energía, la UPME o el Centro Nacional de Despacho, por las importantes competencias a su cargo, no cabe duda del papel preponderante que corresponde a la CREG en el complejo ensamblaje institucional y normativo del sector eléctrico, especialmente en virtud de su calidad de regulador del sector.

b) Las implicaciones del artículo 23 literal a) inciso 2º para las facultades regulatorias de la CREG.

Ahora bien, que la CREG sea la principal responsable de asegurar la adecuada prestación del servicio mediante la regulación del aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio, para lo cual cuenta con amplias atribuciones para promover la competencia y crear y preservar las condiciones que la hagan posible (artículo 20 de la LSE), no significa que pueda hacer un uso omnímodo de sus facultades. No entenderlo así, sería distorsionar la discrecionalidad y consentir el desbordamiento de los marcos que imponen la Constitución y la ley para el ejercicio de cada una de sus potestades. Con independencia del mayor o menor margen de apreciación que se le reconozca para su actuación, en un Estado de Derecho no existen facultades ni competencias incondicionadas en cabeza de los poderes públicos. Por ende, los límites y condiciones que se fijan para su ejercicio deben ser siempre respetados. En definitiva, como ha sido enfatizado por la Corte Constitucional, *“la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”*¹⁶¹.

¹⁶¹ Sentencia C-734-00.

Por esta causa, bajo el Estado de Derecho instaurado por nuestro orden constitucional los actos de la administración deben estar material, formal y teleológicamente conformes al Derecho y sujetos al control judicial que haga valer los límites que el ordenamiento fija a las competencias estatales. Por ende, **se impone examinar en cada caso cuáles son las reglas particulares que enmarcan o definen una competencia específica**, ya que de ello dependerán las condiciones de su ejercicio y, en últimas, la validez de los actos que se expidan en desarrollo de las atribuciones reconocidas por la Constitución y la ley.

Para el asunto bajo examen, los demandantes afirman que las resoluciones nros. 77 y 111 de 2000 de la CREG están viciadas de nulidad, porque el ente regulador se apartó del criterio de confiabilidad de 95% fijado por la UPME en el Plan de Expansión Referencia Generación-Transmisión 1998-2010¹⁶². Esto, bajo el argumento de que según lo previsto por el inciso 2 del literal a) del artículo 23 de la LSE, la oferta energética eficiente que debe garantizar la regulación debe tener en cuenta la capacidad de generación de respaldo, *“la cual será valorada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, según los criterios que establezca la Unidad de Planeación Minero Energética en el plan de expansión”*. En concepto de los actores, el índice de confiabilidad definido por la UPME tiene el carácter de norma de orden público y resulta vinculante para la CREG.

Al respecto, la Sala no comparte esta postura por varias razones. Como se expuso de forma precedente, por su composición técnica, neutralidad económica e independencia política, la LSE quiso que las principales decisiones en materia regulatoria fueran adoptadas por el órgano regulador legalmente instituido, esto es, la CREG. En el marco de la Constitución, la ley, los decretos reglamentarios y

¹⁶² Así, p. ej., en las páginas 10 y 98 del referido Plan. Cfr. los folios 112 revés y 157 revés del AZ correspondiente a las pruebas aportadas por la parte demandante en el proceso Rad. No. 2001-00090.

las políticas gubernamentales para el sector¹⁶³, naturalmente, porque no se trata de una autoridad soberana ni de una rueda suelta al interior del Estado democrático de Derecho instaurado por la Constitución en Colombia; pero la competencia regulatoria es primordialmente suya. Así, del hecho de que para adoptar determinadas decisiones deba tomar en consideración la información procedente de otros órganos (como ocurre en este caso con los criterios definidos por la UPME) o alinearse con las políticas fijadas por el Ministerio de Minas y Energía no puede derivarse la alienación de las potestades regulatorias que la ley le confirió a la CREG. Esto, por la sencilla razón de que entonces dejaría de ser el regulador para ceder esta calidad a un ente diferente, como la UPME, desprovisto de la competencia legal para cumplir con este papel (artículo 16 de la LSE)¹⁶⁴. No se puede olvidar que es responsabilidad de la CREG asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, así como promover y

¹⁶³ Recuerda la Sala que de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1162 de 2000, “los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que, al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias”.

¹⁶⁴ **ARTÍCULO 16.** La Unidad de Planeación Minero-Energética tendrá entre otras las siguientes funciones:

- a) Establecer los requerimientos energéticos de la población y los agentes económicos del país, con base en proyecciones de demanda que tomen en cuenta la evolución más probable de las variables demográficas y económicas y de precios de los recursos energéticos;
- b) Establecer la manera de satisfacer dichos requerimientos teniendo en cuenta los recursos energéticos existentes, convencionales y no convencionales, según criterios económicos, sociales, tecnológicos y ambientales;
- c) Elaborar y actualizar el Plan Energético Nacional y, el Plan de Expansión del sector eléctrico en concordancia con el Proyecto del Plan Nacional de Desarrollo.
El primer Plan Energético Nacional deberá ser presentado dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta Ley;
- d) Evaluar la conveniencia económica y social del desarrollo de fuentes y usos energéticos no convencionales, así como el desarrollo de energía nuclear para usos pacíficos;
- e) Evaluar la rentabilidad económica y social de las exportaciones de recursos mineros y energéticos;
- f) Realizar diagnósticos que permitan la formulación de planes y programas del sector energético;
- g) Establecer y operar los mecanismos y procedimientos que permitan evaluar la oferta y demanda de minerales energéticos, hidrocarburos y energía y determinar las prioridades para satisfacer tales requerimientos, de conformidad con la conveniencia nacional;
- h) Recomendar al Ministro de Minas y Energía, políticas y estrategias para el desarrollo del sector energético;
- i) Prestar los servicios técnicos de planeación y asesoría y cobrar por ellos;
- j) Establecer prioritariamente un programa de ahorro y optimización de energía;
- k) Las demás que le señale esta Ley y el Decreto 2119 de 1992.

preservar la competencia. Por ende, ante la amplitud, indeterminación y trascendencia económica y social de esta encomienda, la Sala estima pertinente efectuar una interpretación que antes que recortar, respete y preserve su ámbito de autonomía como agencia reguladora del sector. No en vano el artículo 67 de la ley 1151 de 2007 dispuso que “[l]a Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, desarrollará el marco regulatorio que incentive la inversión en expansión de la capacidad de generación y transmisión del sistema interconectado por parte de inversionistas estratégicos”. Se impone, pues, el respeto y la optimización de esta competencia.

Un segundo argumento para apartarse de la postura expuesta por los demandantes tiene que ver con la competencia expresa que le otorga el literal n) del artículo 23 de la LSE a la CREG para “[d]efinir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía”. Como se ha mencionado con anterioridad, el propósito del legislador con la expedición de la LSE fue sin duda estatuir una autoridad especializada, políticamente independiente y económicamente neutral, con el fin de asegurar la vigencia de una regulación técnica, fuerte y eficiente en un mercado complejo y primordial como el energético. Por esto, además de una cláusula general de responsabilidad por la disponibilidad de una oferta energética eficiente, en condiciones de atender la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, y de proteger y promover la competencia, similar a la establecida por el artículo 23, literal a), inciso 1°, de la LSE, la ley ha contemplado cláusulas que expresamente detallan las facultades concretas del ente regulador para el cumplimiento de sus fines.

Así, a la luz de lo previsto por el referido literal n) del artículo 23 de la LSE no cabe duda de que la definición del criterio de confiabilidad es del resorte de la CREG¹⁶⁵. Que para hacerlo, conforme lo requiere el inciso 2 del literal a) de este mismo artículo, deba tomar en consideración los criterios establecidos por la UPME en absoluto riñe o anula la competencia legalmente otorgada para adoptar dicha decisión final. Ello, supone a lo sumo que no podrá ir en contravía de los niveles o índices que defina este órgano, pero no que deberá forzosamente incorporarlos en la regulación, so pena de alienarla de su competencia regulatoria legalmente asignada en este frente.

Un último argumento para disentir del planteamiento de las demandas tiene que ver con el carácter indicativo (y por lo tanto no imperativo o no vinculante) de la planificación del sector a cargo de la UPME. No se trata solo de que, como se expone en la misma introducción del Plan de Expansión Referencia Generación – Transmisión 1998 – 2010, su objetivo no sea definir en términos prescriptivos un conjunto de proyectos o de obras a realizar, ni mucho menos fijar las condiciones de regulación del sector, sino simplemente *“brindar información oportuna y confiable sobre las posibles estrategias de generación y transmisión requeridas para satisfacer, tanto en cantidad como en calidad, la demanda estimada de energía eléctrica y los requerimientos asociados de combustibles en el corto y el largo plazo, todo ello, a partir del análisis de la evolución reciente del sistema eléctrico, en el contexto del esquema regulatorio imperante”*¹⁶⁶. **Es la propia LSE la que define el carácter indicativo, y por lo tanto no imperativo, de los instrumentos de planificación del sector expedidos por la UPME.** En efecto,

¹⁶⁵ **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:

(...)

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

¹⁶⁶ Folio 112 del AZ correspondiente a las pruebas aportadas por la parte demandante en el proceso con Rad. No. 2001-00090.

tanto en su redacción original como en la que resultó de la modificación realizada por el artículo 67 de la Ley 1151 de 2007, el legislador ha sido enfático en señalar que “[l]os planes de generación y de interconexión serán de referencia” y tienen como objetivo optimizar el balance de los recursos energéticos para la satisfacción de la demanda nacional de electricidad, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Energético Nacional.

Por ende, no siendo vinculantes los contenidos de los instrumentos de planeación, nada hay de anómalo en que la CREG, en ejercicio de sus competencias legales y en desarrollo del margen de apreciación de las distintas variables en juego que le corresponde como responsable principal de la regulación del sector eléctrico nacional, haya determinado adoptar un nivel de confiabilidad superior al del 95% señalado por la UPME. En especial cuando se considera que la propia UPME en el referido Plan señala a folio 111 que en materia de confiabilidad del sistema “el nivel recomendable a exigir se sitúa entre 96% y 97%”¹⁶⁷. Ello refleja que el nivel en comento no necesariamente corresponde a una cifra fija e invariable, sino que puede ser un rango.

No siendo dable estimar que tales niveles envuelven normas de orden público y carácter vinculante, lo esencial, entonces, en aras de asegurar el efecto útil de lo previsto por el inciso 2 del literal a) del artículo 23 de la LSE, que impone al órgano regulador tener en cuenta los datos fijados por la UPME al definir la capacidad de generación de respaldo, es que **la CREG los consulte y tome en cuenta, de manera que no se desentienda de tal información, técnicamente elaborada e incorporada en los instrumentos de planificación del sector. Y si por alguna razón estima pertinente apartarse de ellos al ejercitar sus competencias tome dicha referencia como un mínimo.** De lo contrario, esto es, de asumir que

¹⁶⁷ Folio 164 ídem.

la CREG podría apartarse siempre a voluntad de los criterios definidos por la UPME, se estaría dejando sin ningún efecto lo dispuesto por el precitado inciso 2 del literal a) del artículo 23 de la LSE. Por este motivo, aumentar la confiabilidad por encima del nivel señalado por los instrumentos de planificación no es *per se* contrario a lo dispuesto por dicha previsión de la Ley 143 de 1994. En consecuencia, el cargo planteado no prospera.

VIII.5.4. La proporcionalidad de la medida adoptada en las Resoluciones demandadas

Debe ahora la Sala determinar si las resoluciones demandadas desconocen el artículo 36 del CCA por resultar desproporcionadas frente a los fines que persiguen y los hechos que originaron su expedición. Esto, debido a que los demandantes reprochan que las decisiones atacadas *“equivale[n] a diseñar bajo las condiciones de peor escenario, lo cual tiene enormes consecuencias económicas. Tal proceder supone, por ejemplo, diseñar un edificio para resistir un sismo de magnitud 10, cuya probabilidad de ocurrencia es tan extremadamente remota que solo se contempla teóricamente, lo que haría injustificadamente excesivo su costo”*¹⁶⁸. Y se afirma que al obrar de tal modo se distorsionó la planificación del sector, pues se terminó por asignar una remuneración por capacidad de respaldo *“que no se compadece con el régimen histórico de lluvias y el consecuente comportamiento natural de los embalses”*¹⁶⁹.

Según lo dispuesto por el artículo 36 del CCA:

“ARTÍCULO 36. *En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”*

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Folio 45 ídem.

En virtud de esta previsión, entonces, en aras de evitar la arbitrariedad de la administración el principio de proporcionalidad se erige en uno de los principales parámetros de control material del ejercicio que haga una autoridad administrativa de la discrecionalidad que le reconoce una norma legal. Dado que esta representará siempre un margen de apreciación entre diferentes opciones para escoger aquella que mejor consulta el interés general agenciado por la respectiva autoridad en el caso concreto, la proporcionalidad habilita al órgano judicial a cargo de su control para valorar la adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido de la medida adoptada a la luz de los fines perseguidos. Por esto, constituye un límite efectivo a la discrecionalidad administrativa, en tanto apunta a asegurar un equilibrio o balance adecuado entre los medios empleados por la administración y los fines propuestos. En definitiva, como ha señalado la Corte Constitucional, “[l]a medida de la proporcionalidad está dada por la mínima repercusión negativa que las medidas adoptadas para alcanzar el fin o los fines propuestos, tengan sobre otros principios igualmente fundamentales; y también por la conducencia e idoneidad de los medios para la consecución de los objetivos definidos por el legislador de excepción”¹⁷⁰.

Para los demandantes, en aras de proteger al SIN frente a hidrologías críticas y brindar una mayor confiabilidad, la CREG adoptó decisiones excesivas o desproporcionadas, lo cual las torna en arbitrarias y contrarias al artículo 36 del CCA. No obstante, al plantear este cargo las demandas no son claras en señalar de forma explícita el derecho que sacrifica de manera excesiva en nombre de la mayor confiabilidad del SIN que persigue la CREG. Dos problemas técnicos surgen de dicho planteamiento: el primero, que no se señala qué derecho fundamental se afecta como consecuencia de dicha medida; el segundo, que el

¹⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-145 de 2009.

principio de proporcionalidad, en rigor, únicamente opera en supuestos de limitaciones a derechos fundamentales.

Así, toda vez que el principio de proporcionalidad envuelve un concepto relacional, dado que algo no es desproporcionado en sí mismo o aisladamente considerado, la valoración de la proporcionalidad o desproporcionalidad de una determinada medida exige su confrontación frente a otro valor o magnitud, esencialmente, un derecho fundamental que se ve restringido y lesionado en su garantía. Esto, debido a que en últimas, se trata de **un instrumento esencial para la defensa de los derechos fundamentales**, que apunta a asegurar que estos solo sean limitados en la medida rigurosamente necesaria¹⁷¹. Por lo tanto, supone establecer si las limitaciones impuestas a un derecho en nombre de otro o de un principio o valor rival se encuentran justificadas o no por las bondades o beneficios que trae consigo dicha restricción. De aquí que, como ha resaltado la doctrina, “*el principio*

¹⁷¹ Al respecto, p. ej., afirma la doctrina especializada que “impone, en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, que los derechos de éstos sólo puedan ser limitados en la medida en que ello sea estrictamente imprescindible para la protección de intereses públicos a los que sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo”. Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 105. Y, partiendo de la base que la aplicación del principio de proporcionalidad presupone la existencia de una tensión entre el interés público y la libertad del ciudadano concretada en un derecho fundamental que se le reconoce pero se restringe en un caso concreto, distingue este autor con acierto y rigor técnico entre proporcionalidad y ponderación. En su criterio, dado que el referido principio incluye un análisis de la idoneidad, necesidad y ponderación de la medida enjuiciada, “el principio de proporcionalidad incluye la ponderación (pero no es sólo ponderación) y (...) la ponderación tiene un ámbito más amplio que el principio de proporcionalidad”. Cfr. Ídem, p. 111. No en balde señala BERNAL PULIDO que “[l]a utilización de este principio contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales” (p. 66). Y precisa más adelante que “[l]a aplicación del principio de proporcionalidad presupone que una medida del poder público represente una intervención en un derecho fundamental, es decir, lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo o suprimiendo una norma o una posición que pueda ser adscrita *prima facie* a la disposición constitucional que tipifica el derecho intervenido”. C. BERNAL PULIDO. *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 67., pese al uso muchas veces indiscriminado que ha hecho la jurisprudencia de estas nociones, se impone diferenciar entre el principio de proporcionalidad y la técnica de ponderación: el uso del primero debe ser restringido a aquellos supuestos en los cuales se enjuicia una medida restrictiva de un derecho fundamental con el fin de lograr un objetivo de interés general o la realización de otro principio o derecho constitucionalmente amparado; el segundo tiene un espectro más amplio, que abarca todos los supuestos en los cuales deba adoptarse una decisión en ausencia de una regla que controle el caso y en presencia de diversos bienes jurídicos o principios que convergen y deben ser tenidos en cuenta.

*de proporcionalidad interviene de manera rotunda en el control de reglamentos cuando exista la lesión de un derecho fundamental*¹⁷².

Por ende, y en relación con el segundo aspecto, tal como está planteado, el cargo no puede ser estudiado en su totalidad, toda vez que al no estar en juego la restricción de un derecho fundamental, este principio resulta inaplicable como parámetro de control.

Lo anterior no significa que el cargo de vulneración del artículo 36 del CCA como garantía de la prohibición del exceso sea inepto o que su estudio no pueda llevarse a cabo. Esto, debido a que tal como está planteada la censura, la revisión de la medida enjuiciada debe someterse al más simple examen de razonabilidad, enderezado a asegurar la interdicción de la arbitrariedad en los dominios de la discrecionalidad administrativa. En este caso, con el fin de precaver la irracionalidad de las decisiones administrativas, resulta pertinente valorar su razonabilidad, entendida como virtualidad de perseguir un fin constitucionalmente admisible, y su idoneidad para ese efecto. Resulta procedente, entonces, verificar que la medida adaptada se enderece al logro de un fin constitucionalmente válido y que además sea adecuada para lograr el fin perseguido. Ello no implica que el análisis de la ponderación de la medida no vaya a ser llevado a cabo más adelante, toda vez que dicho análisis es el insumo a través del cual se debe definir otro de los cargos propuestos, a saber: el concerniente a la evaluación de la supuesta ineficiencia económica de la medida. En últimas, debe recordarse que la ponderación (y no la proporcionalidad) es la forma de decidir que debe aplicar el órgano judicial (y el administrativo) *“cuando debe adoptar una decisión en la que ha de tener en cuenta dos o más principios, bienes, valores, intereses, eventuales*

¹⁷² D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 65.

*perjuicios, etc., contrapuestos*¹⁷³, sin que exista una regla (*i. e.* una norma con una estructura canónica, integrado por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica preestablecida con total claridad) aplicable al caso por vía de subsunción.

En consecuencia, a este análisis realizado *infra* se remite la Sala respecto de la evaluación de la ponderación o proporcionalidad de la medida, pues es allí, en el apartado 4.5.7 de la parte considerativa de este fallo, que se pondera entre la confiabilidad del Sistema y la eficiencia económica de la regulación.

Ahora bien, en cuanto a la valoración de la razonabilidad de la medida como vía para controlar una eventual arbitrariedad, no cabe duda de que la finalidad de la hidrología crítica adoptada en las resoluciones atacadas es brindar mayor confiabilidad al SIN y por esta vía lograr objetivos esenciales impuestos por la Constitución y la ley al regulador energético. Con este propósito adopta series hidrológicas críticas observadas en los años de los cuales tiene registro el Centro Nacional de Despacho, es decir, no basadas solo en las condiciones que se presentaron en los años 1991-1992, ni tampoco en condiciones promedio de la hidrología de cada cuenca.

Para la Sala no resulta censurable perseguir el objetivo trazado de brindar mayor seguridad y confiabilidad al Sistema. En definitiva, como apunta en su intervención la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, a la vista de lo previsto por el artículo 365 de la Constitución y en los artículos 20 y 23.1 de la LSE, *“en esta materia no existe nada más diligente y responsable que propugnar porque todos los habitantes del territorio nacional tengan la posibilidad de disponer de energía eléctrica suficiente”*¹⁷⁴. En últimas, bajo el actual esquema de prestación de los

¹⁷³ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación en el... Op. Cit.*, pp. 9-10.

¹⁷⁴ Folio 1050.

servicios públicos en condiciones de un mercado estatalmente regulado, la responsabilidad primordial del Estado radica en *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* (artículo 365 de la Constitución). Y ello implica, naturalmente, garantizar la disponibilidad y calidad del servicio en cualquier momento del año. Por ende, no cabe duda sobre la constitucionalidad del fin perseguido.

Respecto a la idoneidad de esta medida para lograr el fin propuesto, el testigo JOSÉ VICENTE GUZMÁN SOSSA explicó en su declaración que *“las características de la hidrología utilizada en el método empleado para determinar el cargo por capacidad tienen una implicación directa en los niveles de confiabilidad de la atención de la demanda”*¹⁷⁵. Por ende, **a mayor drasticidad de las condiciones definidas, mayor confiabilidad**. Y aunque el citado testigo resalta en su declaración que el recurso a una hidrología inusitada en la metodología de asignación del cargo por capacidad puede emitir señales que incidan sobre la instalación de cierto tipo de tecnologías e influir, a la postre, sobre la eficiencia económica de la regulación, admite que ello *“permite mejorar la confiabilidad”*¹⁷⁶. Por ende, encuentra la Sala que el medio adoptado para el logro del fin trazado resulta adecuado.

Por último, estima la Sala que si la falta de proporcionalidad o el exceso de la Administración que enrostran las demandas a los actos atacados llegara a radicarse en el hecho de haber obrado la CREG con una hidrología supuestamente irreal e irracional, pues *“no coincide con la constante histórica y*

¹⁷⁵ Folio 364 del Cuaderno I.

¹⁷⁶ Ídem. En igual sentido, véase lo dicho por INTEGRAL S.A. en su documento “Análisis de las consideraciones técnicas que fundamentan los ajustes al cargo por capacidad”, fl. 291, donde sostiene que aunque el nivel de confiabilidad adoptado por la CREG excede lo señalado por la UPME, “superando todo criterio de racionalidad normalmente utilizado en los conceptos de manejo de riesgos para eventos no catastróficos”, acota de que “si bien con este tipo de resolución se logra una mayor confiabilidad que la definida por la UPME, se atenta contra la preservación del principio de eficiencia económica” (fl. 291 del AZ correspondiente a los anexos del expediente con Rad. No. 2001-00090).

*natural del país*¹⁷⁷, el cargo tampoco prosperaría. Esto, debido a que, como señalan las diferentes pruebas obrantes en el expediente¹⁷⁸, una cosa es establecer una serie hidrológica con fines de protección del SIN y otra definir una predicción hidrológica. Además, el hecho de haberse tomado los datos de períodos de sequía registrados históricamente evidencia que no son ficticios. Como resaltó el testigo ALBERTO OLARTE AGUIRRE en su declaración, aunque la serie hidrológica adoptada no ha tenido lugar, *“los valores mensuales como tal sí han sucedido”*¹⁷⁹.

Así, que nunca hayan ocurrido en la realidad como secuencia durante 24 meses continuos no permite deslegitimar la opción del regulador por extremar las medidas de protección del Sistema, especialmente ante un evento tan impredecible e incontrolable como el Fenómeno del Niño en las circunstancias actuales de cambio climático. El recurso al principio de precaución en estos eventos, entendido como un insumo valioso para hacer frente y gestionar la creciente incertidumbre reinante en múltiples ámbitos de la realidad actual (como ocurre de manera indiscutida con el clima), resulta legítimo¹⁸⁰. En últimas, no solo se trata de un principio de raigambre constitucional, que por lo tanto permea todas las decisiones de las autoridades públicas en los distintos campos de la acción pública en los cuales se encuentran en juego intereses colectivos y derechos fundamentales; es además un principio que bajo las condiciones presentes de incertidumbre climatológica y exposición a fenómenos climáticos extremos, encaja

¹⁷⁷ Folio 45 del Cuaderno 1.

¹⁷⁸ Así, por ejemplo, el testimonio de JOSÉ DAVID MONTOYA SALAS. Cfr. fl. 242 Ídem. También el concepto técnico de DENIS LÓPEZ CAMACHO. Cfr. Fl. 172 íbidem.

¹⁷⁹ Folio 596 del Cuaderno I.

¹⁸⁰ Sobre el principio de precaución, originalmente acuñado en el ámbito de la protección del medio ambiente, pero igualmente extensible a otros ámbitos presididos por la incertidumbre como la regulación de alimentos, fármacos o energía, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, las sentencias de 15 de diciembre de 2016, Rad. No. 88001-23-31-000-2011-00011 01 (AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala; o la sentencia del 11 de diciembre de 2013, Rad. No. 11001 0324 000 2004 00227 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. También, de la Sala Plena de esta Corporación, la sentencia del 5 de noviembre de 2013. Rad. No. 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP). C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

perfectamente con el principio legal de continuidad del servicio (artículo 6 de la LSE), en virtud del cual se debe asegurar una prestación del servicio eléctrico sin interrupciones distintas a las programadas. De ahí que tampoco este cargo tenga vocación de prosperar.

VIII.5.5. Las resoluciones demandadas y el principio de igualdad

Un tercer reproche que se hace a las resoluciones demandadas tiene que ver con la cuestión de si ellas atentan contra el artículo 13 de la Constitución por brindar un trato presuntamente diferente e injustificado a las plantas generadoras hidráulicas en relación con el tratamiento otorgado a las termogeneradoras.

En este sentido, las demandas manifiestan que al haber definido los parámetros para el cálculo del cargo por capacidad valiéndose de una serie hidrológica ficticia que distorsiona la capacidad de generación de respaldo de las plantas hidráulicas, apartándose de lo señalado por la UPME, la CREG vulneró el derecho a la igualdad amparado por el artículo 13 de la Constitución. Esto, porque *“al considerar una hidrología crítica que desborda excesivamente el mismo método probabilístico en el que la CREG dice fundarse, el resultado del cálculo del Cargo por Capacidad deviene en trato discriminatorio, que no diverso, entre los generadores térmicos y los hidráulicos”*¹⁸¹. Trato que carece de una justificación objetiva y razonable y que originó *“el privilegio de una específica tecnología de generación de energía sobre la otra, cuando de lo que se trataba era –según los artículos 20 y 23 de la ley 143 de 1994- de crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética capaz de abastecer la demanda, mediante*

¹⁸¹ Folio 47 ídem.

*el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos y promoviendo y preservando la competencia*¹⁸².

Sostienen que la CREG vulnera la igualdad por cuanto ha dado un tratamiento desigual y desproporcionado a los operadores hidráulicos en relación con el dado a los agentes térmicos. Esto, debido a que *“ha otorgado un tratamiento perjudicial a los agentes hidráulicos como es el caso de la demandante y ha favorecido a los agentes térmicos al sobrevalorarse su capacidad de generación de respaldo”*¹⁸³.

En su criterio, pese a que el cargo por capacidad debe ser remunerado de manera proporcional a la firmeza que ofrezca cada operador al sistema, en el presente caso ello no ha sido así, toda vez que a partir de la serie hidrológica adoptada sin un fundamento técnico ni científico apropiado, se subvalora la capacidad de respaldo de la demandante y se sobrevalora la firmeza de los agentes térmicos.

La Sala debe manifestar que la jurisprudencia constitucional desde sus primeros pronunciamientos ha puesto en claro que el derecho de igualdad proclamado por el artículo 13 de la Carta no impone una exigencia permanente de trato idéntico o de igualdad matemática entre los ciudadanos. En contraste, ha resaltado que el principio envuelto en dicha previsión se descompone en diferentes mandatos¹⁸⁴ y que el derecho que consagra a un trato paritario debe ser entendido en un sentido flexible y acorde con la equidad, alejado de un igualitarismo absoluto. De modo que a la luz de la Constitución, antes que dispensar indiscriminadamente un

¹⁸² Folios 45-46 ídem.

¹⁸³ Folio 98 del Cuaderno Especial del Expediente 2002-00122..

¹⁸⁴ Así, p. ej. ha señalado que del principio constitucional de igualdad pueden derivarse cuatro mandatos: “(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”. Vid. Corte Constitucional, sentencia C-250 de 2012.

mismo trato a todos los sujetos y casos, se impone *“tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual”*¹⁸⁵.

Así, la Corte Constitucional ha puesto de relieve que un trato siempre idéntico a todos los sujetos a la postre supondría ignorar factores diferenciales relevantes en la realidad y terminaría por favorecer la desigualdad por vía de un igualitarismo mecánico y acrítico. Por esta razón ha precisado que el artículo 13 de la Constitución impone establecer las distinciones que sean procedentes a la luz de las especificidades de cada caso, teniendo en cuenta criterios constitucionalmente admisibles que resulten aplicables al supuesto concreto en consideración a sus circunstancias particulares. Y ha sostenido, en relación con esta situación, que *“los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo”*¹⁸⁶. Con todo, ha resaltado que para justificar el trato diferenciado, además de una exigencia previa de verificación de que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho, (i) los criterios empleados deben ser objetivos y razonables, y su existencia debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado¹⁸⁷; y adicionalmente (ii) *“debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho y el fin que se persigue”*¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996.

¹⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1993.

¹⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-345 de 1993. Más recientemente, en sentido similar, véase, entre otras, la sentencia T-587 de 2006.

¹⁸⁸ *Idem*.

En otras oportunidades la jurisprudencia constitucional se ha decantado por la aplicación del denominado test de igualdad¹⁸⁹, instrumento concebido para establecer la validez y objetividad del trato diferenciado que dispensan las autoridades a determinados sujetos. Según ha sido explicado recientemente por la Corte Constitucional¹⁹⁰:

“4.4.1. El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución[8].

4.4.2. El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cual es el grado de intensidad adecuado a un caso sub judice, este tribunal ha fijado una regla y varios criterios[9], como se da cuenta enseguida.

4.4.2.1. La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad.

El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.

¹⁸⁹ Véase, p. ej. las sentencias C-093 y C-673 de 2001, o la sentencias C-250 de 2012 o C-015 de 2014.

¹⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-015 de 2014.

4.4.2.2. Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se constituya un privilegio.

El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

4.3.2.3. Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin”.

A la vista de la mayor objetividad y claridad explicativa que brinda, lo mismo que de la mayor racionalidad y deferencia frente al regulador que ofrece la posibilidad de graduar la intensidad del escrutinio aplicado a la luz de las particularidades de cada caso, la Sala se decanta por la aplicación del test de igualdad al asunto *sub examine*. En relación con la desigualdad denunciada por los actores, dado que el supuesto trato dispar alegado podría comportar eventuales implicaciones en el plano de la libre e igual competencia entre plantas termogeneradoras e hidrogeneradoras, se impone, siguiendo la lógica de la Corte Constitucional, adoptar un nivel intermedio de escrutinio. Por lo tanto, conforme ha sido indicado por la jurisprudencia constitucional, además de definir si los supuestos son comparables y si efectivamente existe un trato diferente constitucionalmente admisible, es preciso establecer si el fin perseguido por la medida examinada es legítimo e importante, bien porque promueve intereses públicos valorados por la

Constitución, bien por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y si el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

Así las cosas, en primer lugar, debe la Sala definir si la situación de hecho de los sujetos a comparar es verdaderamente la misma, es decir, si es susceptible de comparación y si en el caso concreto se comparan sujetos de la misma naturaleza. La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa, toda vez que se está entre actores de un mismo mercado, a saber: agentes generadores de energía sujetos a la misma regulación. Por lo tanto, resultan merecedores de un mismo trato por parte del regulador.

En segundo lugar, debe definirse si existe un trato desigual entre ellos. Para los demandantes el trato desigual se origina en el hecho de que la serie hidrológica adoptada por la CREG, además de ser irracional y ficticia, subvalora la capacidad de respaldo de las plantas hidráulicas y sobrevalora la firmeza de los agentes térmicos. Al respecto, encuentra la Sala que en ningún momento las resoluciones contemplan un tratamiento diferente para las plantas generadoras térmicas y las hidroeléctricas. Por el contrario, en ellas se prevé el pago del cargo por capacidad a los operadores que acrediten su capacidad de brindar firmeza al Sistema, con independencia del combustible que utilicen.

Cosa diferente es que la aplicación de la fórmula prevista por la CREG resulte que son los termogeneradores los que ofrecen una mayor firmeza, dada la mayor vulnerabilidad de las hidroeléctricas a las temporadas de sequía. Pero, como señalan con acierto las contestaciones de la demanda, *“ello no deriva de una distinción que haga la resolución, sino de la naturaleza de las cosas: las temporadas de sequía no afectan la capacidad de generación de las plantas*

*térmicas*¹⁹¹. El diferente nivel de confiabilidad que se reconoce a cada uno de los operadores no deriva, así, de un trato discriminatorio en sí, sino de la aplicación de la fórmula prevista por el regulador; que mal haría en aplicar una fórmula diferente para cada tipo de operador solo para resguardar intereses patrimoniales particulares. En últimas, como expresó el testigo ALBERTO OLARTE AGUIRRE en su declaración, *“la firmeza de una planta de generación está definida no solo por la disponibilidad de su tecnología sino también por la cantidad y oportunidad de obtención de su combustible para generar: agua, gas, carbón, fuel oil”*¹⁹².

Siendo esto así, no extraña que si el cargo por capacidad busca medir la firmeza que ofrece una planta en temporadas de hidrología crítica para proteger al Sistema, resulte que las termoeléctricas ofrecen una mayor confiabilidad que las hidroeléctricas. En este orden no sería cierto que exista un trato discriminatorio entre unos y otros operadores; razón por la cual debe rechazarse el cargo de la supuesta vulneración del artículo 13 de la Constitución.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que el nuevo método utilizado por la CREG para la asignación del cargo por capacidad introducido por las resoluciones demandadas puede efectivamente suponer una reducción de los niveles de confiabilidad que se reconocen a los hidrogeneradores¹⁹³, dada la serie hidrológica que aplica, la conclusión del análisis a realizar no cambiaría en absoluto. En efecto, incluso si se aceptara que la serie hidrológica crítica adoptada supone una presión elevada sobre su combustible (agua) y compromete su capacidad de brindar firmeza para abastecer la demanda en periodos de sequía

¹⁹¹ Folio 149 del Cuaderno I del expediente con Rad. No. 2001-00090.

¹⁹² Folio 598 del Cuaderno especial del expediente con Rad. No. 2002-00122.

¹⁹³ Para ello se podría tomar como base, por ejemplo, lo dicho por el testigo JOSÉ VICENTE GUZMAN SOSSA, en cuyo concepto producto de lo previsto en las resoluciones demandadas resulta “una capacidad remunerable teórica de las plantas hidráulicas [que] es artificialmente reducida mientras que la capacidad remunerable teórica asignada a las térmicas aparece incrementada a expensas de la real capacidad de las hidráulicas como consecuencia de la mal llamada hidrología crítica actualmente utilizada”. Ver folio 366 del Cuaderno I. En el mismo sentido véase lo expresado por este testigo a folio 414 ídem.

extrema, el trato diferente que resultaría de la aplicación de dicha fórmula no atentaría contra el principio de igualdad.

Esto, debido a que de dicha constatación no se desprendería forzosamente la invalidez de las medidas enjuiciadas. La Sala tendría que determinar si esta diferencia de trato estaría constitucionalmente justificada por un fin constitucionalmente legítimo e importante, y si ella resultaría adecuada y conducente para alcanzar tal fin. De llevar a cabo este análisis, para la Sección Primera no cabría duda de que las resoluciones demandadas cumplen con estos requerimientos y serían, por ende, válidas. En primer lugar, y como ya se ha mencionado, ellas apuntan a asegurar una mayor confiabilidad para el SIN; fin que a todas luces resulta constitucionalmente relevante, incluso imperioso, toda vez que el artículo 365 de la Carta prescribe al Estado el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional cualquiera que sea la época del año. En consecuencia, las cautelas adoptadas en relación con este asunto resultan acordes con lo que la Constitución y la ley esperan del regulador y la responsabilidad que se le impone respecto de la garantía del abastecimiento del servicio de energía en cualquier momento del año. De otra parte, y ya en lo que tiene que ver con la idoneidad de la medida adoptada para alcanzar el objetivo perseguido, también se encuentra que las decisiones previstas en las resoluciones cuestionadas son aptas para el logro de tal finalidad. Así se evidencia en diferentes pruebas obrantes en el expediente. Este análisis ya fue efectuado en el bloque final del apartado 4.5.4 de la parte considerativa de este fallo, al valorar la idoneidad de la medida para lograr el fin trazado en el marco de su carácter no arbitrario y conforme con el artículo 36 del CCA. Por esta causa, se remite al estudio realizado *ut supra* y se tiene por comprobada la adecuación y conducencia del medio escogido por la CREG para la realización del fin trazado.

En consecuencia, incluso de admitir que a la fórmula empleada subyace un trato desigual, no se podría afirmar legítimamente que las resoluciones demandadas sean contrarias al principio a la igualdad.

Por último, la Sala encuentra que tampoco podría considerarse contrario a la igualdad el hecho de no haberse ocupado las resoluciones demandadas de lo referente al combustible de las plantas generadoras de energía, imponiendo, como condición para validar su capacidad de brindar firmeza, la obligación de asegurar su existencia mediante la celebración obligatoria de contratos de largo plazo. Esto, primero, porque nos encontramos ante una omisión absoluta de la regulación, toda vez que nada dicen al respecto los actos atacados; luego no existe previsión que controlar en este sentido. Y segundo, porque dicha omisión tampoco resulta grave para la Sala, pues en un entorno económico presidido por la libertad económica y la libertad contractual que caracteriza el sector energético, sencillamente no se aprecia la necesidad de una previsión semejante. La racionalidad económica que impulsa al empresario a entrar en este negocio con toda seguridad lo llevará a buscar la maximización de sus beneficios y a no desperdiciar la oportunidad de vender su producto, sacando provecho de la vulnerabilidad frente a las temporadas de sequía de las hidrogenadoras, normalmente más competitivas a nivel de precios. De este modo, el ánimo de asegurar la obtención de unas rentas que resultan cruciales para el desarrollo y buen suceso de su negocio constituye aquí el principal acicate para asegurar la provisión permanente de combustible por parte de los generadores térmicos, resultando innecesaria una prescripción estatal al respecto.

Más aún si se toma en consideración que en estos eventos, además, la firmeza del productor de energía resulta independiente de la celebración de esta clase de

contratos, toda vez que su cumplimiento podría eventualmente resultar afectado por circunstancias externas (económicas, ambientales, de orden público, etc.), de modo que la sola suscripción del acuerdo no es suficiente para afirmar o negar con certeza que habrá disponibilidad de combustible; luego el medio resultaría inadecuado para alcanzar el fin supuestamente perseguido. En suma, dadas las diferencias que registra este esquema de producción de energía respecto de la hidráulica, resulta natural que existan en la regulación diferencias como las comentadas, sin que ello riña con el artículo 13 del Texto Superior. Por ello, no tiene vocación de prosperidad el cargo en estudio.

VIII.5.6. La presunta falsa motivación de las resoluciones demandadas

Otro señalamiento diferente tiene que ver con si la CREG incurrió en las resoluciones demandadas en falsa motivación por no expresar de manera suficiente y cierta las verdaderas razones que dieron lugar a la modificación de la serie hidrológica crítica que sirve de base para el cálculo del cargo por capacidad, lo mismo que por no contar con un fundamento científico sólido para ello.

Al respecto, expresan los demandantes que las resoluciones demandadas fueron expedidas *“con fundamento en consideraciones de hecho que no tienen sustento cierto, serio y debidamente comprobado”*¹⁹⁴. Se reprocha así que nada digan los actos atacados en su motivación sobre su supuesto fundamento en los hechos ocurridos durante el fenómeno del Niño 97/98; que no explique cómo mejora el cálculo del cargo por capacidad ni las razones por las cuales se varió la fórmula anterior; y que no cuente con unos estudios serios que le sirvan de sustento. El Ministerio Público coadyuva este planteamiento y encuentra que los actos administrativos demandados deben ser anulados por haber incurrido la CREG en falsa motivación.

¹⁹⁴ Folio 91 ídem.

La motivación del acto hace referencia a las razones fácticas y jurídicas a las cuales atiende la administración para adoptar una determinada decisión. Para que puedan servir de fundamento a un acto administrativo, los motivos de hecho y de derecho a los que responde la autoridad deben ser verdaderos, reales y legales. De modo que allí donde se constata una discordancia entre las razones expresadas y la realidad de las cosas, bien porque ésta se falsea, se distorsiona o se ignora, se configura el vicio de falsa motivación. Lo mismo sucede cuando el ente administrativo realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de esa realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe. De aquí que la Sección Primera haya considerado que *“[l]a falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación”*¹⁹⁵.

En relación con este asunto la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que esta causal de nulidad de los actos administrativos:

“(...) se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en

¹⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de febrero de 2000, Rad. No. 5501. C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión”¹⁹⁶.

Este vicio, entonces, es diferente del otro denominado falta de motivación, que, como ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación, *“es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente”¹⁹⁷*. Esto, debido a que mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo suficiente o acorde con la exigencia legal, en contravía de la expresa previsión legal que exige este extremo en la formación de todo acto administrativo como garantía del derecho de defensa del ciudadano y de la controlabilidad del acto en sede judicial, la falsa motivación presenta una realidad diferente, en la cual el acto administrativo sí se motivó, pero con base en razones falsas, irreales o ilegales.

La Sala considera que aunque englobados de manera antitécnica bajo una misma rúbrica, en el asunto *sub examine* la demanda plantea tanto el cargo de falsa motivación como el de falta de motivación. Y estima que ninguno de los dos se configura.

En relación con el reproche de falsa motivación, concretado por la demanda en la supuesta ausencia de unos estudios técnicos adecuados, la Sala no observa prueba alguna de la falsedad de las razones alegadas por la CREG para la expedición de los actos atacados, ni de su discrepancia con la realidad que dio lugar a que se dictaran estos. Todo lo contrario. En efecto, expresan los actos

¹⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2013, Rad. No. 25000-23-25-000-2009-00614-01 (0482-12). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de abril de 2015, Rad. No. 11001-03-15-000-2014-04126-00 (AC). C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

atacados que “*tal como se anunció mediante la Resolución CREG-029 de 2000, **la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha analizado la experiencia de los primeros años de vigencia del Cargo por Capacidad**, especialmente las cuatro asignaciones que se han hecho del mismo, **así como la experiencia del último período de Fenómeno del Niño (1997-1998)**, y ha encontrado que, con el fin de lograr de una mejor forma el cumplimiento de los objetivos legales previstos con el establecimiento del mencionado cargo, se deben introducir modificaciones para mejorar su cálculo y aplicación”.*

Así, aun cuando el contenido de tales estudios no fue plasmado en el *corpus* de la motivación de los actos, no hay duda de que ellos fueron realizados y que existen. Cosa distinta es que en aras de la economía y de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal se echó mano de cláusulas remisorias o reenvíos a tales estudios como técnica para motivar los actos de la administración. Lo esencial en estos casos, como se precisará más adelante y de hecho ocurre con las resoluciones enjuiciadas, es que esa remisión se efectúe a documentos ciertos y reales, que resulten conocidos o cognoscibles (*rectius* accesibles) por quienes tengan interés en acceder a ellos, y que existan razones para justificar tal proceder excepcional.

Para el caso concreto el *iter* de las resoluciones CREG nros. 77 y 111 de 2000 no deja lugar a dudas sobre la existencia de estos estudios. Sus conclusiones se ven reflejadas en el documento CREG 097 de 2000, en el que, por ejemplo, se aprecian consideraciones en relación a cómo resulta problemático construir una serie hidrológica a partir de un evento único, como se hizo en la Resolución CREG No. 116 de 1996, que tomó como base el Niño 1991-1992, puesto que “*dos Niños no son nunca iguales*”¹⁹⁸. Por esta razón, señala el documento, “*que se propone un evento Niño, con duración de 24 meses, con ciertas características de*

¹⁹⁸ Folio 501 del Cuaderno de pruebas del expediente con Rad. No. 2002-00122.

criticidad. Las características de criticidad parten del concepto de criticidad río a río, y no para el sistema como un todo ya que esto implica una regla de desagregación la cual es difícil de definir. La criticidad río a río también nos permite simular la firmeza de las plantas hidráulicas sin tomar en cuenta las acciones de otros, sino únicamente pensando en la decisión de optimización individual del embalse”¹⁹⁹. Además, los operadores (térmicos e hidráulicos) conocieron con antelación la intención de la CREG de ajustar la fórmula empleada por la regulación (fue anunciada mediante la Resolución nro. 029 de 2000²⁰⁰) y tuvieron ocasión de manifestarse sobre los estudios realizados y la propuesta de resolución enviada al CNO. De hecho, con base en ese derecho expresaron su disconformidad con el uso de la racha de 24 meses de caudales muy bajos propuestos.

Como ya se mencionó con anterioridad, que la CREG haya optado por asumir una serie hidrológica crítica de difícil ocurrencia en la realidad para proteger el Sistema no necesariamente supone que los fundamentos de las decisiones atacadas sean errados, pues, se reitera, su razón de ser no es establecer una predicción hidrológica, sino un criterio de protección al SIN. Y en el curso del proceso no se probó que la serie hidrológica definida sea inadecuada para lograr ese objetivo de brindar una mayor protección. Todo lo contrario. No solo se deriva así del ya mencionado testimonio del ingeniero GUZMÁN SOSSA y del informe de la firma INTEGRAL, sino también de lo expresado por el testigo JOSÉ DAVID MONTOYA SALAS en su declaración.

¹⁹⁹ Folios 501 y 502 ídem.

²⁰⁰ El artículo 1 de la parte dispositiva de esta Resolución estableció lo siguiente: “**Artículo 1:** Se pone en conocimiento de todos los agentes del Mercado Mayorista de Electricidad, que la Comisión de Regulación de Energía y Gas introducirá cambios en la normatividad vigente sobre el Cargo por Capacidad, con el fin de que prevean tal situación en sus relaciones contractuales y demás operaciones comerciales en el Mercado Mayorista”.

Según sus explicaciones, con las resoluciones demandadas hubo un cambio notable frente a la metodología empleada en la Resolución CREG 116 de 1996, toda vez que *“hasta 1999, se consideraba que a cada uno de los embalses les iba a llegar una cantidad de agua igual a la que le llegó en el año 1991-1992 (...) Llegó el año 97 y 98 y quedó claro que lo que realmente podían generar no correspondía a lo que se les estaba pagando, entonces lo que se hizo fue construir una nueva serie hidrológica, es decir ya no usamos la del año 91-92 sino la que está en la fórmula de la resolución 111”*²⁰¹. Y resalta que después de la modificación *“[l]os pagos por cargo por capacidad reflejan de mejor manera la firmeza que entregaron los generadores durante esos períodos de verano”*²⁰². Esto, para hacer referencia a que se incrementó la participación de las termogeneradoras en el reparto de dichos recursos, sin que se repitiera lo ocurrido durante el Fenómeno del Niño 97-98; periodo durante el cual aunque el 50% de la energía generada provino de las plantas térmicas, solo les correspondió el 30% de los fondos reconocidos por confiabilidad, yendo el 70% restante a remunerar a la energía hidráulica²⁰³; algo claramente anómalo a la luz de los objetivos perseguidos por este mecanismo regulatorio.

La conclusión, entonces, no puede ser otra distinta a que el ajuste efectuado funcionó, en tanto posibilitó un reparto más equitativo y adecuado de los recursos que tienen como propósito remunerar la firmeza que una determinada planta proporciona al Sistema. Por esta razón, el cargo de falsa motivación no puede ser estimado.

²⁰¹ Folio 244 del Cuaderno I del expediente Rad. No. 2001-00090.

²⁰² Folio 245 ídem.

²⁰³ Vid. Documento CREG 097 de 2000, en su punto No. 2 “Estabilidad del cargo por capacidad”. Así lo describe también en su declaración la testigo CARMENZA CHAÍN ÁLVAREZ. Cfr. folio 270 íbidem.

Ahora, en lo que toca con el cargo de falta de motivación, encuentra la Sala que este tampoco tiene vocación de prosperidad. Ello, debido a que aun cuando resulta cierto que las resoluciones demandadas no se explayan en explicar las razones por las cuales se adoptó el cambio introducido, ni cuáles eran sus beneficios e implicaciones concretos, ellos figuran de manera explícita en los estudios a los cuales se remite en la parte motiva de los dos actos. Y aunque desde el punto de vista de la optimización de la certeza y la seguridad jurídica que exige una adecuada técnica regulatoria lo ideal es siempre llevar a cabo una motivación tan clara, sólida y completa como sea posible en el cuerpo mismo de las decisiones que se fundamentan, tal como se mencionó de manera precedente, nada obsta para que en aras de la economía y de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, de manera excepcional (por razones de la extensión o complejidad, p. ej.) resulte legítimo el uso de cláusulas remisorias o reenvíos a tales estudios como técnica adecuada para motivar los actos de la administración. Ello, a condición de que, como ocurre con las resoluciones enjuiciadas, esa remisión se efectúe a documentos ciertos y reales, que resulten conocidos o cognoscibles (*rectius* accesibles) por quienes tengan interés en consultarlos y acceder a ellos. Y en este caso, como ya se estableció *ut supra*, dado el procedimiento que se siguió para la expedición de las resoluciones demandadas, esta circunstancia está fuera de toda duda. Así pues, el cargo no prospera.

VIII.5.7. Las resoluciones demandadas y el principio de eficiencia económica

La Sala debe ahora resolver la pregunta de si las resoluciones demandadas son o no contrarias al principio de eficiencia económica que debe perseguir la regulación del sector energético, por su supuestamente exagerado énfasis en privilegiar la confiabilidad sobre la eficiencia económica, con serias implicaciones económicas en el largo plazo sobre el precio del servicio que se prestará a los usuarios.

Para los demandantes la CREG no tuvo en cuenta de manera suficiente el principio de eficiencia económica, con lo cual no se ajustó a los criterios constitucionales, legales y técnicos a los que está sometido el diseño de la regulación en materia de cargo por capacidad. Así, sostienen que pese a que el documento CREG 097 de 2000 señaló la necesidad de revisar y modificar el escenario hidrológico contenido en la Resolución CREG 116 de 1996 por uno que refleje las características generales de El Niño, el órgano regulador terminó apartándose de dicha intención para en su lugar adoptar una hidrología ficticia y arbitraria que subestima la capacidad de brindar firmeza de las plantas hidráulicas y afecta la eficiencia en la asignación del cargo por capacidad. Como resultado de esto, aducen los actores, *“se sobreremunera a los agentes térmicos al asignarles una capacidad de respaldo inexistente o significativamente mayor a la real”*²⁰⁴. Esta situación impide lograr una oferta eficiente, ya que da señales equivocadas sobre la instalación de plantas que no requiere el sistema, cuya sobreinstalación termina por generar más costos al sistema y por no permitir un aprovechamiento eficiente de los recursos eléctricos disponibles; algo que, en su criterio, afectará al sistema a mediano y a largo plazo.

En criterio del Ministerio Público este cargo debe ser rechazado, toda vez que se fundamenta en estudios que fueron realizados en el año 2001 y son meras hipótesis de su aplicación. Aun cuando esto resulta cierto, toda vez que se trata de proyecciones inciertas y difícilmente comprobables a la vista de las innumerables contingencias envueltas en el devenir del mundo económico hoy en día (mercados globalizados, crisis económica mundial, crisis climática, crisis política y militar en países productores de petróleo, etc.), para la Sala el reproche elevado no tiene vocación de prosperidad fundamentalmente por una razón diferente: la legitimidad de la ponderación realizada por la CREG entre la confiabilidad y la eficiencia

²⁰⁴ Ídem.

económica, como criterios encontrados o en tensión que deben ser balanceados en orden a dar cumplimiento a los mandatos generales que la Ley 143 de 1994 impone al regulador.

En efecto, lejos de constituir una competencia reglada, esto es, minuciosamente configurada y materialmente programada por el legislador para su ejecución mecánica por parte del ente administrativo, la competencia de la CREG para cumplir su papel de órgano regulador envuelve un amplio margen de apreciación en la aplicación de los distintos criterios prefijados por el legislador para la adopción de las decisiones a su cargo y la ulterior cristalización de los fines que le han sido encomendados. Es por tanto una competencia discrecional, cuyo control no remite a la simple aplicación de una regla que controle el caso, sino que supone un más complejo ejercicio de fiscalización de la racionalidad, objetividad y legitimidad de la decisión adoptada. En este ámbito, entonces, dada la autonomía que la ley reconoce a la Administración para lograr los objetivos que le son trazados (p. ej. crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia, conforme a lo previsto por el artículo 23, literal a), de la LSE, o definir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía, con arreglo al literal n) del mismo artículo) el control judicial no puede pretender efectuarse en los mismos términos en los que se surte en los casos de actuaciones regladas, de mucha menor complejidad debido a la presencia de reglas claras y completas que controlan el caso, cuya subsunción en el asunto examinado permite resolver la problemática que se plantea al juez.

En estos eventos, por el contrario, la imposibilidad de contar con una regla bajo la cual puedan subsumirse los hechos del caso concreto a efectos de determinar si se aplica o no la consecuencia jurídica nítidamente establecida por el legislador para el supuesto de hecho previsto, fuerza a que el control judicial deba desarrollarse bajo el más complicado esquema de la ponderación²⁰⁵.

Como proceso enderezado a asegurar tanto la racionalidad de la decisión administrativa como la protección de los derechos de los ciudadanos y el sometimiento de estas determinaciones al conjunto del ordenamiento jurídico, la ponderación presupone, en primer lugar, la definición o identificación de los intereses en conflicto; en segundo término la atribución del peso o importancia de cada uno de ellos en atención a las circunstancias propias del caso concreto y, por último, un ejercicio de balanceo que permita a la autoridad decretar fundadamente la prevalencia de alguno de los intereses en conflicto sobre los demás (o el otro, si el enfrentamiento es únicamente bilateral). Este ejercicio de ponderación resulta en la definición de una regla de precedencia condicionada (*i. e.* en caso de colisión de los criterios o principios A, B y C, en las circunstancias X, prevalece A), con arreglo a la cual la autoridad administrativa competente adopta la decisión correspondiente en condiciones de objetividad y racionalidad controlables y acordes con las exigencias del Estado de Derecho, toda vez que las razones de dicha prevalencia deben hacerse explícitas por parte de la autoridad decisoria. Por lo tanto, el control judicial en estos eventos debería remitirse a verificar la corrección con que se surtió dicho procedimiento en el caso concreto y a contrastar la validez de sus conclusiones con los estándares materiales que al respecto imponen la Constitución y la ley. No es, por tanto, un control meramente

²⁰⁵ Sobre las diferencias entre el proceso de una toma de decisión en desarrollo de una competencia reglada, vía subsunción de unos hechos en una regla, y el proceso de ponderación en los eventos de competencias discrecionales, véase J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 130 y ss.

formal, enderezado únicamente a verificar el cumplimiento de la secuencia de pasos señalado; debe valorarse también, y ello resulta fundamental, el cumplimiento material de las preceptos constitucionales y legales que enmarcan la determinación controlada.

Dado el carácter de principio que presenta la eficiencia económica alegada por los demandantes, y por lo mismo, su estructura abierta e indeterminada y su carácter de mandato de optimización, contrario al carácter cerrado de las reglas, que con su estructura certera y bien definida (supuestos de hecho + consecuencia jurídica) ofrecen una solución única y cierta para los casos subsumibles bajo el ámbito cobijado por su programa normativo, en el asunto *sub examine* resulta inviable aplicar una técnica de control similar a la que parecen sugerir los demandantes, toda vez que no es éste el único principio cuya materialización debe perseguir la CREG en cumplimiento de su papel de regulador. Ciertamente, la multitud de criterios y principios a considerar en desarrollo de la tarea regulatoria a cargo de dicho ente impide resolver el caso como si la eficiencia económica fuera el único objetivo a considerar y existiera una regla constitucional o legal que así lo impusiese. Es por esto que la ponderación entre los intereses concurrentes resulta imperativa.

Así las cosas, en orden a determinar si la restricción impuesta al principio de eficiencia económica en aras de hacer eficaz el principio de continuidad del servicio y el criterio de confiabilidad del Sistema es ponderado o proporcional en sentido estricto, la Sala debe evaluar la finalidad perseguida por la medida adoptada, su adecuación para realizar el fin y su proporcionalidad en estricto sentido. La determinación del fin determina la razonabilidad de la medida, en tanto que esté acorde con una finalidad constitucionalmente admisible. El estudio de su adecuación supone analizar que la medida sea adecuada o idónea para la

consecución del fin constitucionalmente válido perseguido. Por último, el examen de la proporcionalidad en estricto sentido obliga a efectuar un análisis costo-beneficio de la medida enjuiciada, de modo que se pueda concluir si sus resultados justifican la restricción impuesta a la variable sacrificada o si con ella se sacrifican valores constitucionales más relevantes que los efectivamente materializados. Según ha explicado la doctrina, una decisión será ponderada si cumple con la denominada *“ley de la ponderación”*, en virtud de la cual *“cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede, mayor debe ser la importancia del que prevalece en el caso determinado”*²⁰⁶.

En estas condiciones, la ponderación que se debe efectuar debe tomar como punto de partida la finalidad perseguida por la CREG con la serie hidrológica crítica adoptada en las resoluciones cuestionadas, cuyo objetivo, como ya se ha señalado en varias oportunidades a lo largo de esta sentencia, es procurar una mayor confiabilidad al SIN. Sobre la legitimidad constitucional de este fin y la adecuación de la medida adoptada por la CREG para su realización la Sala remite a lo indicado al respecto *ut supra*, en la parte motiva de esta providencia, al valorar la conformidad de las resoluciones demandadas con el artículo 36 del CCA. Allí quedó establecida la legitimidad constitucional del fin perseguido y la idoneidad de la medida adoptada por la regulación para asegurar su materialización.

Resta entonces verificar si dicha medida resulta ponderada o proporcional en estricto sentido a la luz del mandato legal que pesa sobre la CREG de propugnar hacia una regulación eficiente en términos económicos, esto es, que procure 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 y económico del país. Para ello

²⁰⁶ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de...* Op. Cit., p. 136.

resulta determinante comprobar si el perjuicio que se ocasiona a la eficiencia económica de la regulación se encuentra justificado por las ventajas que trae consigo la maximización del principio de confiabilidad, pues el detrimento para el país, el sistema económico y la comunidad sería mayor si no se lograra brindar una seguridad en la continuidad del servicio aún en las peores temporadas de sequía que puede traer consigo el Fenómeno del Niño.

De acuerdo con el informe de INTEGRAL, acompañado por una de las demandas:

“El uso de la serie de hidrología crítica implantada con la resolución CREG 111 de 2000 no permite garantizar el principio de eficiencia a largo plazo del sistema, ya que si bien dicha resolución podría aumentar en el corto y mediano plazo la confiabilidad del sistema incentivando la expansión del parque de generación con énfasis en nuevas plantas térmicas, claramente induce una señal negativa hacia las inversiones en nuevas plantas hidráulicas, las cuales, no obstante, tienen costos variables inferiores a los de las plantas térmicas. Por lo tanto, este tipo de disposiciones, además de ser una señal negativa para las intenciones de desarrollar nuevas plantas hidráulicas, está poniendo en situación de conflicto los principios de eficiencia económica y confiabilidad del sistema en el largo plazo.

Disposiciones como la resolución CREG 111 de 2000, que implanten, normativamente, métodos para la determinación de la firmeza de las plantas hidráulicas basados en el uso de hidrologías obtenidas con criterios como los definidos en dicha resolución, comprometen la sostenibilidad de la expansión de largo plazo del sistema bajo los criterios de eficiencia económica y, aún, su confiabilidad misma, ya que en estas condiciones el SIN tenderá a depender cada vez más del uso de combustibles fósiles, de manera que las plantas térmicas determinarán cada vez con mayor frecuencia (ya no solo en veranos) los precios marginales de despacho y, peor aún, podría hacer colapsar la atención de la demanda por el probable agotamiento (físico o económico) de los yacimientos de combustibles de menor costo, que son recursos no renovables y finitos”²⁰⁷.

No obstante, como señaló en su declaración la Señora CARMENZA CHAÍN ÁLVAREZ, la vulnerabilidad que resulta de la dependencia energética de las generadoras hidráulicas “es demasiado costosa en términos económicos para cualquier país”²⁰⁸. La experiencia vivida durante los años del racionamiento

²⁰⁷ Folio 292 del AZ de pruebas del Expediente 2001-00090.

²⁰⁸ Folio 275 del Cuaderno I.

eléctrico ocasionado por el Fenómeno del Niño de los años 1991 y 1992 son la prueba fehaciente de ello. En la memoria de la sociedad colombiana todavía pervive el recuerdo de aquel episodio, cuyas secuelas negativas fueron tan severas que dieron lugar a que se modificara la legislación y a que la Ley 143 de 1994 tomara la previsión de imponer a la CREG la necesidad de tener en cuenta la capacidad de generación de respaldo como un aspecto esencial de la eficiencia que debía perseguir la regulación energética.

No siendo sencilla la ponderación entre el riesgo de un incremento en los precios del servicio en el largo plazo y la garantía de una mayor seguridad, confiabilidad y continuidad en el suministro, dada la falta de pruebas sobre el impacto cierto que tendría sobre los costos de la energía eléctrica y sobre el SIN en general el ajuste realizado a la asignación de los recursos del cargo por capacidad (¿Cuánto costaría? ¿Cuándo se manifestaría esa alza? ¿En qué medida crecería la dependencia del SIN de las termogeneradoras? ¿Qué tan ciertos son los riesgos que ello implica?), y el alto componente de incertidumbre asociado a la llegada de fenómenos climáticos cada vez más extremos e impredecibles como El Niño, a la vista de su razonabilidad, la Sala se inclina por validar la ponderación efectuada por la CREG. En consecuencia, el cargo no prospera.

VIII.5.8. La pretendida afectación de la libre competencia por las resoluciones demandadas

Por último, debe determinar la Sala si las resoluciones demandadas violan los artículos 73 y 74 de la LSPD al afectar la libre competencia que la CREG tiene el deber de promover. Esto, debido a que en concepto de los demandantes, al beneficiar injustificada y desproporcionadamente a los operadores térmicos, las resoluciones demandadas atentan contra el esquema de competencia instaurado por la LSPD y la LSE, en contravía de los mandatos de promover la competencia,

evitar el abuso de la posición dominante en el mercado e impulsar una liberalización gradual del mercado energético que fija la LSE a la CREG.

Tal como ya fue indicado en esta providencia, la Constitución de 1991 optó por abolir el monopolio público imperante en materia de servicios públicos y abrir este campo a las fuerzas del mercado. Así se evidencia en los artículos 365, 367, 368, 369 y 370, que perfilan las bases fundamentales del régimen que posteriormente sería establecido por las leyes 142 y 143 de 1994. La opción constitucional y legal por el mercado supuso, entonces, una redefinición del papel del Estado en este campo, que de prestador directo pasó a ostentar una responsabilidad fundamental de garante de la eficiente prestación de servicios de calidad y accesibles a toda la población. Con ese propósito la figuración del Estado cambió y se vio obligado a asumir diferentes roles, esenciales para el correcto funcionamiento del mercado. Responsabilidades como la organización y planeación del sector, la regulación del servicio, el reconocimiento de subsidios para los usuarios de bajos recursos y la inspección, vigilancia y control de los operadores han pasado a ser tareas primordiales a cargo de las autoridades públicas en este campo.

En este contexto, la promoción de la libre e igual competencia entre los distintos operadores cobra especial protagonismo, pues es a través de ella que el legislador espera cristalizar los objetivos de mejoramiento de la calidad del servicio, reducción de los precios, expansión de la cobertura y adaptación permanente a los cambios tecnológicos; aspectos esenciales para asegurar el buen funcionamiento del esquema instaurado. En últimas, como ha sido señalado por la doctrina, esta legislación tiene como meta *“lograr eficiencia y equidad en la prestación de los servicios públicos”*, para lo cual *“[l]a ley supone, con base en la teoría económica, que, por regla general, la eficiencia se alcanza en la medida en que se permita*

*que haya muchos proveedores de servicios públicos que puedan competir, con libertad y lealmente*²⁰⁹.

Esta preocupación por la promoción y garantía de la libre competencia se ve reflejada en los textos legales, que dedican distintas disposiciones a proclamar de manera especial esta responsabilidad en cabeza del órgano regulador. Así, por ejemplo, en la legislación general de servicios públicos domiciliarios la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante constituye uno de los fines de la intervención del Estado en materia de servicios públicos domiciliarios (artículo 2.6 de la LSPD); y la regulación de los monopolios en la prestación de los servicios públicos cuando la competencia no sea de hecho posible, así como la promoción de ésta 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, constituye la función principal de los reguladores (artículo 73 LSPD).

En materia energética la Ley 143 de 1994 ha dado el mismo relieve a este asunto. Es así como el artículo 3° dispone que en relación con el servicio público de electricidad le corresponde al Estado promover la libre competencia en las actividades del sector, impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado y regular aquellas situaciones en que por razones de monopolio natural la libre competencia no garantice su prestación eficiente en términos económicos. Del mismo modo, el artículo 20 de la LSE establece que la función de regulación de este sector tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento

²⁰⁹ HUGO PALACIOS MEJIA. *El Derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 155.

eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio, para lo cual el Estado debe promover la competencia, crear y preservar las condiciones que la hagan posible. Por último, el artículo 23, ibídem, encomienda a la CREG como una de sus responsabilidades principales determinar las condiciones para la liberación gradual del mercado hacia la libre competencia.

Este énfasis del legislador en la promoción de la libre competencia encaja calza de manera adecuada en la estructura global de nuestra Constitución económica, en la que se le reconoce a este derecho un papel nada secundario. De hecho, su trascendencia es tal, que de conformidad con lo previsto por el artículo 333 “[l]a libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Por ende, se trata de una posición jurídica que envuelve un derecho de doble dimensión: de un lado, un derecho individual en cabeza de los agentes económicos de un mercado, en virtud del cual estos se encuentran habilitados para concurrir a él en condiciones de libertad e igualdad para disputar con sus competidores la preferencia del comprador o usuario²¹⁰; de otro lado, un derecho colectivo, que obliga al Estado a velar por el correcto funcionamiento del mercado y, por lo tanto, le impone un deber de impedir que se obstruya o restrinja la libre concurrencia y se abuse de la posición dominante que pueda tener un actor en el mercado nacional. Por esto, el artículo 88 de la Constitución incluyó a la libre

²¹⁰ Según ha expresado la jurisprudencia constitucional, “consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros. // Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios”. Cfr. Sentencia C-197 de 2012.

competencia económica entre los derechos colectivos susceptibles de protección por vía de las acciones populares²¹¹.

La ruptura constitucional del esquema de monopolio público en materia de servicios públicos y el paso dado por el legislador hacia el esquema empresarial de libre entrada hace de la garantía de la libre competencia una cuestión central para el buen funcionamiento del modelo.

En estas condiciones, no cabe duda de que la eventual perturbación de la libre competencia por parte de un acto regulatorio debería ser reprimida por el juez de la Administración. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sección, que ha manifestado que *“un acto administrativo puede contrariar las normas de competencia si tiene por consecuencia poner a un operador en situación de abusar de su posición dominante”*²¹².

No obstante, en el *sub examine* no se acreditan pruebas de cómo el ajuste efectuado a la metodología de reparto del cargo por capacidad tiene por efecto la creación de una posición dominante por parte de las termogeneradoras, y menos aún, que se hayan producido o estén produciendo abusos por parte de estas.

Para la Sala tampoco resulta plausible la configuración en abstracto de dicho cargo; en especial si se tiene en cuenta que *“[l]a posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado*

²¹¹ Al respecto, esta Sección ha considerado que *“[e]l carácter colectivo de ese derecho implica reconocer que las prácticas desleales o restrictivas de la competencia no solo pueden dañar a otros competidores sino a la colectividad en su conjunto, todo lo cual debe ser tomado en cuenta por el juez administrativo al evaluar la conformidad con el derecho de los actos administrativos”*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de junio de 2015, Rad. No. 2009 00493 00. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

²¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de junio de 2015, Rad. No. 2009 00493 00. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

*relativamente amplio y apreciable*²¹³. Ello, debido a que los fondos que reciben las empresas generadoras por este concepto están lejos de poder producir tal efecto. No se puede olvidar que bajo el esquema de libre mercado instaurado en materia de servicios públicos por las leyes 142 y 143 de 1994 los agentes deben competir con precios, calidad y servicio por la preferencia del consumidor, con quien se firma un contrato de servicios públicos en virtud del cual se hace titular del derecho a recibir una prestación a cambio del pago del correspondiente precio. Es, por ende, un mercado en competencia, donde lo esencial para su funcionamiento es disputarse el favor de los usuarios y no acceder a ayudas o prestaciones públicas suplementarias como mecanismos para estabilizar o dinamizar el sector.

La Sala estima pertinente traer a colación la declaración rendida por CARMENZA CHAÍN ÁLVAREZ, en torno a lo que significa el cargo por capacidad.

*“un estabilizador de ingresos, en particular las unidades térmicas en épocas de invierno es muy poco lo que generan, en contraste con el despacho significativo que tienen durante la época de verano, sin cargo por capacidad algunas plantas térmicas durante 7 meses del año (invierno) tendrían cero ingresos y solo tendrían 5 meses del año para cubrir su estructura de costos, lo que las llevaría a hacer ofertas de precio inusitadas para poder cubrir la totalidad de sus costos y gastos, al existir el cargo por capacidad ese tipo de empresas tendrían un ingreso mínimo a lo largo del año, esto permite que sus ofertas en las épocas de verano tengan valores razonables ya que tienen garantizado el cubrimiento de una porción de sus costos fijos a lo largo del año”*²¹⁴.

Siendo esto así, y no existiendo en el expediente pruebas de lo contrario, no aprecia la Sala razones que justifiquen el señalamiento que se hace en las demandas respecto de los supuestos efectos anticompetitivos de las resoluciones atacadas. Por el contrario, de su carácter de mecanismo estabilizador de ingresos de las plantas térmicas bien podrían derivarse efectos positivos para la

²¹³ Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997.

²¹⁴ Folios 275 y 276 del Cuaderno I.

competencia en el sector (adicionales a los que surte en el frente de la seguridad y la continuidad del servicio). Además, de lo analizado en el caso y de las pruebas obrantes en el expediente parecería forzado derivar una posición de dominio de los ingresos que perciben las plantas generadoras térmicas por concepto del cargo por capacidad (los cuales, dicho sea de paso, ni siquiera son cuantificados por los demandantes), ni menos asumir que ello se traduce además en un abuso de la hipotética posición dominante.

Tampoco se allegan pruebas que acrediten o permitan hacer verosímil como los actos atacados promueven o recompensan prácticas restrictivas de la competencia; cómo entrañan una renuncia de la autoridad regulatoria a reprimir esta clase de actuaciones por parte de los operadores del mercado energético, o cómo representan una ventaja desorbitada que pone a las termogeneradoras en una posición de preeminencia a la hora de competir por el favor del comprador de energía.

En consecuencia, el cargo propuesto por los demandantes debe ser desestimado.

Todo lo procedente conduce a la Sala a 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: TIÉNESE a la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS GENERADORAS -ANDEG-** como coadyuvante de la parte demandada.

En firme esta providencia, archívese.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 14 de julio de 2017.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

CAMILO CALDERÓN RIVERA
Conjuez