

Bogotá D.C., 14 de Octubre 2021

Doctor

MIGUEL ÁNGEL LOZADA URREGO

Director de Investigaciones, Superintendencia Delegada para Energía y Gas

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Carrera 18 No. 84 – 35

sspd@superservicios.gov.co

Bogotá D.C.

Asunto: Consideraciones sobre la interpretación de la Resolución CREG 034 de 2001 por parte de agentes generadores térmicos.

Respetado Director:

ALEJANDRO CASTAÑEDA CUERVO, en mi condición de Director Ejecutivo y Representante Legal de la Asociación Nacional de Empresas Generadoras – ANDEG, me dirijo a ustedes con el fin de exponer algunas consideraciones en relación con la interpretación, los argumentos y determinaciones que ha adoptado la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en relación con el supuesto incumplimiento de la Resolución CREG 034 de 2001, respecto de la declaración de costos de suministro y transporte de combustible para efectos de la generación por seguridad, por parte de agentes generadores térmicos.

Las consideraciones que a continuación se presentan, tienen su razón de ser en los posibles efectos que tendrían las decisiones que podría adoptar la SSPD dentro los procesos administrativos sancionatorios abiertos, en el funcionamiento y operación del mercado de generación de energía eléctrica en Colombia y en la forma cómo el proceso está siendo adelantado por parte de esa entidad.

Antes de entrar al fondo del asunto, resaltamos que si bien la SSPD invitó a ANDEG a hacerse parte de la investigación como parte interesada con el fin de equilibrar de alguna forma la participación de Asoenergía en la misma, ANDEG

Calle 100 N° 8 A – 49, Torre B – Ofc 603 Bogotá D.C.

Tel: (571) 8 055283 – 7 559176

www.andeg.org

decidió en esa oportunidad no intervenir después de un análisis de la Ley 1437 de 2011, esperando igualmente, que la SSPD no aceptara la participación de Asoenergía, asociación que representa el 3.5%% de la demanda de energía, la cual por naturaleza es contraparte de la oferta, y por lo tanto, en su actuar busca defender sus propios intereses y no los del mercado de energía, que debe ser la función del ente de vigilancia y control. No obstante lo anterior, y ante la evolución que ha tenido esta investigación, en la cual no se observa un proceder neutral y objetivo por parte de la administración, nos permitimos de manera respetuosa solicitar a la SSPD que tenga en cuenta los argumentos que presentamos a continuación, que buscan explicar de manera clara los efectos, que podría tener en el mercado de generación de energía eléctrica, que la SSPD asuma funciones de regulador sin tenerlas por mandato legal.

En ese orden presentamos en este documento las razones por las que, para la estabilidad jurídica, el mercado energético colombiano, y específicamente para los agentes generadores de energía eléctrica, sería catastrófica una decisión conforme a la cual se permitiera que la SSPD asuma el papel de regulador dentro de actuaciones administrativas específicas, y posteriormente proceda, dentro de los mismos procedimientos, a aplicar sus afirmaciones que no hacen parte de la normatividad aplicable o aplica con carácter retroactivo, regulación expedida por el regulador que en este caso es la CREG.

Un precedente de este tipo podría generar consecuencias nefastas para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y para la seguridad jurídica con la cual actúan los generadores térmicos, pero también en general para las actividades del sector de la generación de energía eléctrica en Colombia.

Esperamos en ese sentido, que la exposición de argumentos que planteamos a continuación, sean de recibo de parte de la SSPD, de modo que se pueda evitar un precedente que podría tener graves consecuencias en relación con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en especial en lo relacionado con aspectos cruciales como la seguridad y predictibilidad del sistema jurídico colombiano, así como en relación con la confianza legítima bajo la cual deberían actuar los prestadores de estos servicios.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN RELACIÓN CON EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO INICIADO CONTRA EMPRESAS GENERADORAS DE ENERGÍA POR LA SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA RESOLUCIÓN CREG 034 DE 2001

A continuación presentamos consideraciones jurídicas, separadas en 5 puntos, en las que se exponen las razones por las que una eventual decisión sancionatoria dentro de los procesos sancionatorios a los que se ha hecho referencia, sería abierta y explícitamente contraria al ordenamiento jurídico, en atención a que no existió ni existe actuación alguna contraria a la ley ni contra la regulación, pero adicionalmente porque una decisión sancionatoria implicaría una extralimitación de funciones y de competencias por parte de la SSPD, así como la infracción por parte de esta, de principios y reglas fundamentales para nuestro ordenamiento jurídico, como lo son el principio de legalidad y el de confianza legítima.

1. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se podría extralimitar en sus funciones y competencias, en razón a que, en lugar de darle cumplimiento a las normas existentes, asumiría el papel del regulador, para después aplicar su propia "norma".

De conformidad con lo expresado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, los procesos administrativos sancionatorios se iniciaron en razón a la supuesta infracción de las siguientes normas:

- a. Artículo 168, Ley 142 de 1994: *"Las empresas que hagan parte del sistema interconectado nacional deberán cumplir con el reglamento de operación y con los acuerdos adoptados para la operación del mismo. En caso contrario se someterán a las sanciones previstas en ésta Ley."*
- b. Artículo 25, Ley 143 de 1994: *"Los agentes económicos privados o públicos que hagan parte del sistema interconectado nacional deberán cumplir con el Reglamento de Operación y con los acuerdos adoptados para la operación del mismo. El incumplimiento de estas normas o acuerdos, dará lugar a las sanciones que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas o la autoridad respectiva según su competencia."*

- c. Artículo 33, Ley 143 de 1994: “*La operación del sistema interconectado se hará procurando atender la demanda en forma confiable, segura y con calidad del servicio mediante la utilización de los recursos disponibles en forma económica y conveniente para el país*”.
- d. Artículo 1, Resolución 034 de 2001: “*Para efectos de establecer el precio de reconciliación positiva de los generadores térmicos, en el contexto de la Resolución CREG-063 de 2000, se tendrán en cuenta los siguientes conceptos:*
- i. **Costo de suministro de combustible (CSC).** Es la parte variable del costo de suministro de combustible, expresado en COP/MBTU, que es posible sustentar.*

(...)

 - ii. **Costo de transporte de combustible (CTC).** Es la parte variable del costo de transporte de combustible, expresado en COP/MBTU, que es posible sustentar.*

(...)” (Negrita parte del texto original).

Como se ve de esta exposición, y a diferencia de lo que señala la SSPD, no existe evidencia alguna conforme a la cual los artículos 168 de la Ley 142 de 1994, y 25 y 33 de la Ley 143 de 1994, establezcan que, en términos jurídicos, y para efectos de la prestación del servicio público domiciliario, el concepto de *sustentable* al que se refería el artículo 1 de la Resolución CREG 034 de 2001, deba entenderse como algo diferente a los costos que puedan soportarse o demostrarse.

Así mismo, conforme con lo expuesto, no existe indicación de la conexión jurídica entre lo dispuesto en la regulación sobre el costo de suministro y transporte de combustible *que es posible sustentar*, y lo dispuesto por los artículos recién mencionados de las leyes 142 y 143 de 1994.

Como se señaló, estos últimos artículos establecen que las empresas prestadoras del servicio público de energía eléctrica deben cumplir con el reglamento de operación y con los acuerdos adoptados para la operación en el

sistema interconectado nacional y que, así mismo, estas empresas deben atender la demanda de forma *confiable, segura y con calidad*, haciendo uso de los recursos en la forma más económica y confiable para el país.

En efecto, al hacer un examen de los artículos de las leyes 142 y 143 de 1994 recién expuestos, se concluye que estos nos llevan a las resoluciones de la CREG, que se refieren a las condiciones en que la prestación del servicio se considera *confiable, seguro y de calidad* toda vez que lo único que establecen las disposiciones de ley en cita, es que los operadores del mercado deben darle cumplimiento al reglamento de operación (expedido por resoluciones de la CREG); lo que se traduce precisamente en que los operadores deben dar cumplimiento a la regulación que expida esta comisión para el cumplimiento de dichos principios.

Lo anterior evidencia un argumento circular que impone una contradicción en la evaluación de la presunta infracción de la normatividad, en la medida en que refiere a artículos de las leyes 142 y 143 de 1994, que a su vez señalan el deber de las empresas de servicios públicos domiciliarios de darle cumplimiento a la regulación expedida por la CREG; siendo que en ninguna de estas normas se establece un régimen sancionatorio por la incorrecta declaración de costos de suministro y transporte o si quiera una conexión con la regulación aplicable a la declaración de costos de suministro y transporte de combustible. Por tanto, la presunta infracción es atípica.

Así, una adecuada identificación y determinación de una presunta infracción a normas de orden público, la SSPD debería demostrar el incumplimiento de la regulación expedida por la CREG, es decir, de la Resolución 034 de 2001 en sí misma considerada y no de manera general al reglamento de operación.

La SSPD justificó la tipicidad de la infracción en los siguientes argumentos:

- a. En primer lugar, señala que cuando la Resolución 034 de 2001 hace referencia a los costos de transporte y de combustible que es posible *sustentar*, ello debe entenderse como aquellos costos que *se puedan defender con razones* y atiendan al principio de eficiencia, esto es, en palabras de la SSPD, en condiciones que garanticen la prestación al menor costo económico.
- b. Como corolario de lo anterior, la SSPD procede a instituir cuáles son los criterios de sustentabilidad y eficiencia que aplicará para juzgar la

conducta de las empresas generadoras de energía en relación con la Resolución 34 de 2001, aun cuando estos no se identifican en forma explícita ni en la ley ni en la regulación de la CREG:

- i. Expone la SSPD que, como punto de partida, para determinar los criterios de sustentabilidad “bajo el principio de eficiencia”, **se deben tomar los costos de los contratos suscritos** por la empresa, sin justificar para estos efectos cómo, desde sus competencias, de este criterio deviene del principio de eficiencia.
 - ii. Tomando esto en cuenta, la SSPD procede a instituir, partiendo del concepto de *sustentable* y del principio de eficiencia, y en un ejercicio regulatorio, que el criterio para la determinación de la sustentabilidad de los costos para efectos de lo dispuesto por la Resolución 034 de 2001, radica en (...) **el costo promedio ponderado por cantidades de suministro y transporte de combustible por cada fuente vigentes en la fecha de realización de la declaración** (...)” (negrita y subrayado fuera del original).
 - iii. De igual forma, la SSPD determinó que (...) *en caso de que el agente utilice gas importado (fuente GANI), los costos declarados para esta fuente, a diferencia de las otras, se comparan con el **costo promedio ponderado de gas importado que se encuentra almacenado** (...) el costo que se puede sustentar está asociado al (...) resultado de subastas **que se realizaron – antes de la declaración-** en el mercado internacional del Gas Natural Licuado.* (negrita y subrayado fuera del original).
- c. Con fundamento en lo anterior, se reitera que no se encontraba en el ordenamiento jurídico para el momento de la imputación, las infracciones indicadas por las SSPD en los pliegos de cargos discutidos; lo anterior resulta aún más claro en tanto en dichos actos administrativos la autoridad procedió a crear una metodología normativa a partir de la cual es posible evaluar si los agentes del mercado cumplen con la regla que la propia SSPD señaló. Las reglas aplicables, según esta entidad, son:

- i. (...) Fuentes CREC y PPAL:

*si costo declarado \leq costo promedio ponderado de contratos
-> declaración sustentada*

*si costo declarado $>$ costo promedio ponderado de contratos
-> declaración no sustentada*

ii. Fuente GANI:

*si costo declarado \leq costo promedio ponderado de contratos
-> declaración sustentada*

*si costo declarado $>$ costo promedio ponderado de contratos
-> declaración no sustentada*

Estas reglas, no se encuentran en ningún otro cuerpo normativo diferente a la propia imputación de cargos hecha por la SSPD.

- d. Finalmente, como último punto de esta estructura normativa instaurada por la SSPD, y sin exponer la norma jurídica de donde se deriva la infracción, la entidad complementó la normativa metodológica creada, estableciendo lo necesario para la interpretación de su propia regla, consistente en que su aplicación debe darse por fuente; lo que quiere decir que la SSPD sólo tendría en cuenta los contratos suscritos para cada fuente, en consideración a que *"si se utilizan contratos de otras fuentes, se considera que **el agente** no cumple el criterio"* (negrita y subrayado fuera del original).
- e. La única e insuficiente justificación o motivación que la SSPD ofreció en relación con este punto (que, se reitera, no se encuentra de forma alguna en la ley, decretos, resoluciones u otra normatividad expedida por la CREG), respecto de la razonabilidad de la creación de los criterios, reglas y metodologías normativas, consistió en que, según la SSPD, esta regla: *"(...) distribuye los riesgos entre los generadores y la demanda, teniendo en cuenta que criterios diferentes como el contrato más costoso o el más económico, inevitablemente transfieren el riesgo de forma desproporcionada a alguna de las partes"*.

Sorprende respecto de lo anterior que, aun cuando la SSPD señala que las normas supuestamente contrariadas son los artículos 25 y 33 de la Ley 143 de 1994 en concordancia con el artículo 168 de la Ley 142 de 1994 (que como se vio son normas que nos devuelven a la regulación de la CREG, con el fin de identificar una infracción), y la Resolución CREG 034 de 2001, dicha entidad no

hace el análisis ni la exposición sobre cuál es el contenido específico de estas normas que resulta supuestamente contrariado por la conducta de los agentes.

Debe señalarse al respecto que la regulación sigue siendo diáfana en relación con la forma y condiciones en que los generadores debían declarar sus costos para efectos de la reconciliación positiva. En ese orden, no existe vacío o falta de claridad alguna en la regulación a partir de la cual la SSPD pudiera adelantar una actividad diferente al aplicar efectivamente las normas vigentes para la fecha.

Se tiene entonces que el único elemento normativo que la SSPD tomó de la Resolución 034 de 2001 para definir un pliego de cargos es el concepto de “*sustentable*” que se incluye en su artículo 1. Así, ante la ausencia absoluta de análisis estructural sobre el contenido normativo de esta resolución o de dicha expresión, como estaría en obligación de hacerlo dentro de la investigación por virtud de lo dicho en el CPACA, la SSPD decidió en cambio construir una verdadera norma, con sus elementos y metodología de aplicación, a partir de la cual modificó el contenido normativo del concepto de *sustentable*, para después aplicar su propia creación jurídica.

Para lo anterior, de paso, la SSPD determinó reglamentar los artículos 6 y 33 de la Ley 143 de 1994 (el cual (art. 6) no se encuentra citado como una de las normas presuntamente vulneradas), para definir de forma general, aplicable para todos los agentes, lo que implica el concepto de *principio de eficiencia* en el escenario de la declaración de costos de combustible y transporte, para la determinación de precios de reconciliación positiva para los generadores térmicos, definiendo criterios normativos que no se encuentran de forma alguna en la ley o en la regulación.

En definitiva la SSPD expone que, en su opinión, existe una supuesta infracción de la Resolución 034 de 2001, pero después para identificar la violación a la normatividad, no recurre a dicha norma sino a elementos externos a ella; esto es, la reglamentación que ella misma hace del principio de eficiencia para la prestación de los servicios públicos domiciliarios y modificar el contenido normativo del concepto de *sustentable*, para pasar a crear una norma con sus elementos y metodología de aplicación, la cual después procede a aplicar como si la misma efectivamente fuera parte del ordenamiento jurídico.

Sobre esto conviene resaltar lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de 12 de septiembre de 1996 (C.P. Juan Alberto Polo), en la cual se dejó claro que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no tiene ni puede ejercer funciones regulatorias, pues ni si quiera el Presidente de la República, a través de decreto reglamentario puede otorgarle tales competencias:

[el] Decreto 548 de 1995 introduce una función a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que no está contenida en la ley que la regula, la Ley 142 de 1994 (artículos 79 y 80), con lo cual, el Presidente de la República se excede a reglamentarla en este punto, ya que **además de ser taxativas las funciones reguladoras que a dicha entidad señala la ley, ésta no deja al reglamento la posibilidad de atribuirle al mencionado organismo la facultad de proferir actos de carácter general** distintos a los que ella precisa, en los numerales 79.3, 79.4, y 79.13. (negrita y subrayado fuera del original).

Lo anterior hace evidente que la SSPD se encuentra actualmente ante el gran riesgo de adoptar decisiones que claramente implicarían una extralimitación de sus funciones, así como el quebrantamiento e infracción del principio de legalidad y de las normas superiores que establecen no sólo las competencias y funciones de esta entidad, sino también las que regulan la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Es importante destacar que en este caso no estamos ante una *aplicación* de la norma por parte de la SSPD para efectos del desarrollo de sus funciones de vigilancia, inspección y control, que es lo que debería hacer. Si para este caso la SSPD estuviera llevando a cabo un verdadero ejercicio de aplicación normativa, sólo hubiera tenido que establecer la existencia de una concordancia entre la regla y la situación concreta; esto es, sólo hubiera tenido que llevar a cabo el ejercicio de tomar la situación de hecho, y compararla con la regla de conducta impuesta, para de esta forma determinar la existencia o no de una infracción.

En ese orden, si la SSPD tan solo hubiera dado aplicación de las normas aplicables y vigentes para ese momento, habría concluido que las empresas efectivamente cumplieron con la obligación establecida por la resolución, pues dicha entidad habría verificado que, para efectos de la determinación del precio de reconciliación positiva, estas declararon costos que pudo efectivamente *evidenciar o soportar*, tal y como expresa y claramente lo establece la regulación.

Lo anterior tiene plena coherencia estructural con lo que establecía el resto de la regulación de la CREG, vigente para el momento de los hechos investigados, en relación con la conciliación positiva de los generadores térmicos, teniendo en cuenta que, para la declaración de estos costos, los agentes debían aplicar criterios como los de la incertidumbre del mercado y la adopción de decisiones a partir de condiciones ex - ante, criterios estos que sí se identifican en la regulación misma.

Resulta antijurídico en contra del principio de legalidad y de confianza legítima, además de la garantía de seguridad del ordenamiento jurídico y económico, que se considere aceptable que cualquier entidad pública, pero especialmente una entidad de vigilancia y control, defina un nuevo sistema normativo en el marco de una investigación administrativa, sin que dicha norma exista de forma previa al acto imputado o previa a la evaluación y juzgamiento de los agentes del mercado.

Respecto de este punto la Corte Constitucional ha afirmado, en relación con las funciones por parte de servidores y entidades públicas, en Sentencia C- 396 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería), que:

*(...) las funciones públicas otorgadas a los órganos del Estado **deben estar previamente señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento.** En consecuencia, **cualquiera acción que ejecute un órgano del Estado sin estar previamente indicada en las normas mencionadas constituye una acción inconstitucional, ilegal o irreglamentaria por falta de competencia. Igualmente, cualquier acción que provenga de un desbordamiento de la función asignada constituye una extralimitación de la función pública.** (negrita fuera del original)*

En igual sentido se ha manifestado el Consejo de Estado en relación con la extralimitación de funciones por parte de servidores y entidades estatales, y respecto de las responsabilidades que ello podría acarrear para unos y otros (Sentencia de febrero 28 de 2011, C.P. Ruth Stella Correa)

Consideramos fundamental advertir a la SSPD respecto de este alto riesgo, con el fin de invitarla a no adoptar decisiones que claramente se contraponen a lo regulado por el ordenamiento jurídico y que adicionalmente le abrirían un riesgo patrimonial, bajo el entendido que, como se ha expuesto y se complementa a

continuación, una decisión sancionatoria partiría de una actuación en la cual la SSPD habría invadido competencias de otras entidades, extralimitando abiertamente sus funciones, y aplicado retroactivamente normas jurídicas inexistentes para el momento de la supuesta infracción, en contradicción abierta con el ordenamiento jurídico.

2. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podría actuar en contra de la regulación y la ley, al sustituir criterios claramente definidos por la Resolución CREG 034 de 2001, y aplicar otros inexistentes y en contravía de la regulación aplicable en el momento.

Una muestra adicional de lo expuesto en el punto anterior es que, al instaurar una nueva regla para el examen de la conducta de los agentes, y darle aplicación a esta, la SSPD no tuvo en cuenta en forma alguna los criterios de los que clara y expresamente sí parte la normatividad expedida por la CREG para regular lo relativo a la reconciliación positiva de los generadores térmicos.

En ese orden, los criterios y elementos normativos establecidos por la SSPD para efectos de los procesos administrativos sancionatorios no sólo no están incluidos ni especificados en norma alguna, sino que adicionalmente son abiertamente contrarios a la regulación de la CREG, tal y como dicha Comisión lo reconoció de forma expresa.

Sobre este punto conviene recordar dos aspectos fundamentales de los criterios normativos instaurados por la SSPD para efectos de llevar a cabo esta investigación:

- a. En primer lugar, la SSPD estableció que, para determinar los criterios de sustentabilidad de los costos declarados, el análisis debía partir de los ***costos de los contratos suscritos.***

Esto implica necesariamente que el punto de partida de la investigación de la SSPD, y de los criterios creados por esta, parten de situaciones ya ocurridas, es decir, toman como base la información de eventos consolidados. Esto quiere decir que para el examen y juzgamiento de la conducta de los generadores térmicos en lo que tiene que ver con las reconciliaciones positivas, la SSPD adopta un criterio de análisis ***ex -post***, en contravía de lo dispuesto por la regulación de la CREG, tal y como queda claro de lo que se expondrá más adelante.

- b. Igualmente, la SSPD determinó que el criterio a partir del cual se mediría el criterio de sustentabilidad establecido por la misma entidad, sería el **costo promedio ponderado** por cantidades de suministro y transporte de combustible por cada fuente **vigentes en la fecha realización de la declaración.**

Lo anterior confirma que la SSPD ideó un criterio de análisis y juzgamiento de la conducta de los agentes basado en una evaluación *ex – post*, lo que se hace evidente cuando señala que el costo que tiene en cuenta para ello resulta de las cantidades de suministro y transporte de combustibles por cada fuente **vigente en la fecha de la declaración.**

Pero adicionalmente, la regla de la SSPD determinó, sin fundamento en la regulación, que, para el examen de la conducta de *los agentes* en relación con la reconciliación positiva, tomaría el **costo promedio ponderado** de las condiciones vigentes a la fecha de la declaración. Esto expone con total claridad que la SSPD adoptó una regla de juzgamiento que parte de asumir condiciones de certeza en el mercado, lo cual supone que dicho criterio esté en clara contradicción con los criterios que la CREG considera inherentes y expresamente incluidos en la Resolución 034 de 2001, esto es, ***la incertidumbre de los precios de los contratos y del comportamiento del mercado a futuro.***

Fue la misma CREG la que con absoluta claridad evidenció que los criterios instituidos por la SSPD son contrarios a la regulación aplicable para el momento de los hechos.

Como es conocido por la superintendencia, la CREG en 2020 expidió la Resolución 044, en la cual, ejerciendo ésta sí sus competencias legales, modificó los criterios regulatorios relacionados con la declaración de costos de combustible y transporte para efectos de la reconciliación positiva de los generadores térmicos.

Fue a través de dicha resolución que la CREG determinó, en cumplimiento de los mecanismos que corresponden, y para efectos de la declaración de costos para la reconciliación positiva de los generadores térmicos, criterios que tienen en

cuenta análisis *ex – post* y cuya determinación depende de elementos ciertos, a diferencia de lo que contemplaba sobre este punto la Resolución 034 de 2001. Este sólo hecho demuestra claramente que antes de dicha Resolución 044 de 2021, la regulación en relación con esta materia no estaba determinada por estos criterios normativos, como lo pretende aplicar la SSPD.

Respecto de esto resulta esencial resaltar que en el documento de trabajo CREG 025 de 2020, que acompaña, soporta y ***motiva*** la expedición de la citada Resolución 044, la Comisión expuso con toda claridad cuáles son los criterios y reglas contenidas y aplicables en la Resolución 034 de 2001 (para explicar precisamente cuáles son aquellos que está modificando o derogando).

Al respecto observamos que en dicho documento la CREG señaló:

*(...) la reglamentación vigente [la Resolución 034 de 2001] para las plantas térmicas define que la declaración de costos de suministro (CSC) y transporte (CTC), la hace el agente cada siete (7) días, los viernes, antes de la operación. Es decir, se hace una declaración ex –ante a la operación, **lo que genera incertidumbre sobre el precio del contrato**, máxime cuando dichos contratos están en dólares y el cambio de la tasa de cambio afecta su valor”.*

(...)

Por otra parte, la declaración ex -ante resulta siendo un estimado de los costos de los contratos, llevando a que, en la mayoría de los casos, el precio declarado sea superior el precio real (subrayado y negrita fuera del original).

Las anteriores manifestaciones de la CREG son contundentes en afirmar que los criterios y reglas instituidas por la SSPD son contrarias a la Resolución 034 de 2001. En efecto y en primera medida, la CREG reconoce en estas citas, que, bajo la vigencia de esta última Resolución, los agentes estaban obligados a hacer declaraciones sobre los costos de suministro y de transporte bajo un criterio ***ex – ante***, consistente en que la declaración de costos de suministro y transporte los hacía el agente cada 7 días, los viernes, ***antes*** de la operación.

Igualmente, en estas líneas la CREG expone que el efecto natural de la configuración de dicha norma era que los precios declarados podrían resultar inferiores o superiores a los efectivamente ejecutados, por virtud de la forma

en que fue concebida y expedida la Resolución 034 de 2001, toda vez que al tratarse de una declaración *ex - ante*, los agentes necesariamente tenían que hacer un **estimado** de los costos de los contratos.

Como se expuso arriba, la regla instaurada por la SSPD es absolutamente contraria a lo expuesto por la CREG en la Resolución 034 de 2001, tal y como la misma Comisión lo expone, en la medida en que dicha norma establece un criterio de evaluación de la conducta de los generadores térmicos a partir de un criterio **ex - post**.

Por el contrario, según la regla creada por la SSPD, para que estos agentes pudieran cumplir con sus obligaciones, debían tener en cuenta los contratos de suministro de gas vigentes y el gas almacenado (para aquellos que utilizaran gas importado), al momento de la declaración, y aplicar a estos un criterio de costo promedio ponderado con el fin de establecer el límite máximo a declarar.

Lo anterior significa que, bajo el desarrollo normativo hecho por la SSPD, el cumplimiento de la Resolución 034 de 2001 obligaba a los agentes generadores, para hacer las declaraciones, a adoptar una conducta basada en evaluaciones **ex - post**; esto es, de situaciones consolidadas cuya información ya es conocida.

En contravía de lo expuesto por la SSPD, la CREG explicó en las citas arriba referenciadas que, en cumplimiento de la Resolución 034 de 2001, la conducta de los agentes generadores debía necesariamente atender a criterios **ex - ante**, conforme a los cuales la declaración *resulta siendo un **estimado*** de los costos de los contratos. Nótese sobre esto que lo que propone la SSPD en la regla que ahora pretende aplicar, no parte de en forma alguna de un **estimado**, sino que por el contrario exige a los agentes que tengan en cuenta información ya consolidada y en firme para hacer sus declaraciones.

Por el contrario, el cumplimiento de lo exigido por el criterio normativo instituido por la SSPD sólo hubiera podido ser satisfecho por los agentes generadores, haciendo declaraciones con información respecto de los contratos **efectivamente** firmados y las cantidades de combustible **efectivamente** almacenadas (**y no sobre estimaciones**).

A partir de esta información (conforme a lo expuesto por la SSPD), los agentes deberían determinar cuál sería el máximo a declarar, dejando de lado el criterio **ex - ante** para la determinación de las declaraciones de costos.

Pero en adición a lo anterior, se tiene que la CREG en las citas arriba referenciadas, determinó que la Resolución 034 de 2001 también establecía otro criterio que está en clara oposición con la regla creada por la SSPD. En efecto, la CREG expone allí que la actuación de los agentes bajo la regulación vigente para el momento de los hechos investigados, estaba sometida esencial y naturalmente a factores de **incertidumbre**, lo que adicionalmente tiene como consecuencia natural que los precios declarados pudieran ser superiores a los precios reales.

Nótese sin embargo que, en criterio de la SSPD y el desarrollo normativo creado para efectos de los procesos administrativos, la regulación dispuesta por la Resolución 034 de 2001 sobre la declaración de costos de suministro y de transporte por parte de los agentes, no incluía un factor de incertidumbre para las decisiones que debían tomar los generadores toda vez que, en consideración de dicha entidad, la declaración de costos de suministro y transporte debía estar enmarcada necesariamente dentro del límite instaurado por la SSPD, consistente en el costo promedio ponderado por cantidades de suministro y transporte de combustible obtenido a partir de la información vigente para el momento de la declaración, lo cual determina un tope máximo respecto del costo que podrían declarar los agentes.

Este límite, dado por el criterio del costo promedio ponderado, resulta claramente contrario a lo determinado por la CREG en relación con la incertidumbre de la cual parte la Resolución 034 de 2001 en la medida en que, en palabras de la Comisión, dicha resolución permitía, aceptaba e integraba, como parte inherente de su estructura, la indeterminación de las condiciones futuras del mercado. Dicha circunstancia hacía necesario que los agentes tuvieran que anticiparse a estas condiciones futuras y declarar costos que pudieran atender a las posibles variabilidades en el mercado.

Esto último, sin embargo, no es concordante en forma alguna con el criterio del costo promedio ponderado instaurado por la SSPD toda vez que este último proviene no de una anticipación respecto de la incertidumbre del

mercado de energía durante la siguiente semana, sino de la evaluación y análisis de condiciones ya consolidadas; esto es, de la información de contratos celebrados y cantidades de gas almacenadas, lo cual lleva a que la aplicación de los criterios creados por la SSPD excluyan que la conducta de los agentes se pudiera regir por la expectativa de condiciones futuras.

Por otro lado, la CREG explicó en el Documento 025 de 2020, exponiendo consideraciones diametralmente opuestas a las establecidas por la SSPD, que para el cumplimiento de la Resolución 034 de 2001 no sólo se permitía, sino que era inherente a esta regulación, el que los agentes actuaran bajo un marco de incertidumbre en relación con lo que pudiera pasar en el mercado durante la siguiente semana, y que por lo tanto no era parte de dicha resolución, que los agentes actuaran dentro de un marco de certeza basada en información existente y actual al momento de la declaración.

Lo anterior se ve plenamente comprobado por la CREG cuando en el mismo documento en cita señala:

*Sin embargo, la reglamentación vigente para las plantas térmicas define que la declaración de costos de suministro (CSC) y transporte (CTC), la hace el agente cada siete (7) días, los viernes, antes de la operación. Es decir, se hace una declaración ex -ante a la operación, **sin saber cuántos contratos de combustible eran necesarios despachar.***

(...)

*En el primer caso, se pasa de un esquema de declaración de costos ex - ante a la operación, en donde el agente **tenía que hacer una serie de supuestos** para determinar el costo del combustible que utilizaría en la semana siguiente, a un esquema de declaración expost a la operación, en donde el agente ya sabe con certeza el combustible utilizado y sus costos, **lo que permite eliminar la incertidumbre sobre el tipo y costo de los combustibles utilizado** (negrita fuera del original).*

Lo anterior evidencia con toda claridad que, en palabras de la CREG, la Resolución 034 de 2001 disponía que los agentes debían partir de un análisis ex -ante, basados en criterios de incertidumbre, para presentar las correspondientes declaraciones de costos. Esto es, que debían hacer éstas con base en **supuestos** a partir de los cuales tendrían que definir el costo del combustible que usarían en la siguiente semana, **sin saber cuántos contratos sería necesario despachar.**

En ese orden, lo expuesto por la CREG en estas citas explica la razón por la que lo dispuesto por la SSPD es contrario a la Resolución 034 de 2001, en el sentido en que, como se explicó arriba, esta entidad de control pretende exigir a los agentes generadores que no hicieran sus declaraciones de costos de suministro y transporte con base en **supuestos**, sino en información cierta y consolidada respecto de contratos que ya tuvieran firmados los agentes, es decir, con base en evaluaciones *ex - post*, en el que agente habría tenido que partir de condiciones y datos presentes, y aplicar una fórmula específica para determinar el máximo a declarar, la cual no existía para la fecha que se investiga.

Como lo explica la CREG en los apartes citados, para efectos de las reconciliaciones positivas de los generadores térmicos, sólo con la Resolución 044 de 2020 se pasó de un esquema *ex - ante*, basado en la incertidumbre del mercado, a un esquema *ex - post* en el cual los agentes ya saben con certeza el combustible utilizado y sus costos.

Así, como se demostró arriba, con la regla que la SSPD instauró para adelantar la investigación que nos ocupa, la entidad pretende aplicar estos criterios a la conducta de los agentes térmicos, sin que la normatividad vigente para ese momento lo contemplara, lo que es precisamente una de las razones por las que la CREG decidió modificar la Resolución 034 de 2001.

Lo anterior hace claro y evidente que la base argumentativa usada por la SSPD sea contraria a la Resolución 034 de 2001 y a la regulación aplicable para el momento de los hechos, todo lo cual es confirmado por la propia CREG con claridad específica en el Documento 025 de 2020, en el que al explicar las razones por las que se requiere la modificación de dicha resolución, expone y desarrolla que esta se adapta precisamente para incluir en el ordenamiento jurídico, los criterios que sin fundamento normativo y competencia, instauró la SSPD en los procesos administrativos sancionatorios.

Así las cosas, la SSPD podría, en lugar de adoptar decisiones en contravía directa con la regulación de la CREG vigente para el momento de los hechos, archivar estas investigaciones, de forma que todo el mercado se concentre en dar aplicación y desarrollo a la nueva regulación de la CREG -posterior a los pliegos de cargos- en la que ahora sí, a través de los procesos adecuados para ello, se establecieron criterios de conducta para los agentes

generadores, alineados con los que la SSPD pretende aplicar de forma retroactiva y contraria al ordenamiento jurídico vigente para el momento de los hechos.

3. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pretende incluir límites máximos para la declaración del Costo del Suministro de Combustible (CSC), y para el Costo de Transporte de Combustibles (CTC), inexistentes en la regulación.

Al expedir la Resolución 034 de 2001, la CREG sí incluyó un tope para la declaración de costos de suministro y transporte de combustible. Esta resolución establece al respecto:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

*Capacidad vigente y un poder calorífico del gas natural equivalente a 1 MBTU/kpc.
(...)*

Con lo anterior se tiene que, en la regulación de 2001 relativa a la reconciliación positiva de los generadores térmicos, sí se había establecido un tope que los generadores térmicos no podían sobrepasar al hacer sus declaraciones de costos. No obstante, este tope no es en forma alguna concordante o asimilable al que ahora pretende aplicar la SSPD.

Tal y como se muestra arriba, la CREG determinó que para las fuentes que no tuvieran un precio libre, la declaración de costos de suministro no podría superar los *precios máximos regulados* aplicables en dicho momento para el gas natural colocado en punto de entrada al sistema nacional de transporte. En el mismo orden, la Resolución 034 de 2001 estableció que para el costo de transporte no se podría superar el *cargo variable máximo* autorizado aplicable en ese momento a las empresas transportadoras y/o distribuidoras de gas.

Lo anterior deja claro que al definir el marco que regularía la reconciliación positiva de los generadores térmicos, la CREG sí tenía claro que podría ser necesario establecer límites máximos para las declaraciones. No obstante, al decidir qué limite imponer, la Comisión determinó que este estaría dado por los precios y cargos variables máximos autorizados para ese momento, y sólo para las fuentes que no tuvieran un precio libre, para efectos de los costos de suministro.

Esto demuestra que la regulación bien pudo haber incluido otro tipo de límites para las declaraciones de costos, como por ejemplo el que antijurídicamente pretende instaurar la SSPD, relativo al precio promedio ponderado de los contratos vigentes. No obstante, la CREG, regulador del mercado, decidió que el único límite que impondría sería el descrito arriba.

Más importante aún, demostrado como está que la CREG sí pensó en la necesidad de establecer limitantes en la declaración de costos, resulta concluyente que haya determinado no hacerlo en forma alguna para las fuentes que tuvieran un precio libre, en lo que respecta a los costos de suministro de combustible. Lo anterior teniendo en cuenta que para el momento de los hechos que se investigan, todos los campos tenían precio libre, lo que a su vez quiere decir que para ninguna de estas aplicaba un limitante máximo en relación con

la declaración de costos de suministro, pues así expresamente lo decidió la regulación, la cual sólo impuso estos toques máximos para fuentes con precio regulado.

Lo anterior tiene una implicación adicional, y es que con la determinación por parte de la SSPD de que los costos de suministro y transporte declarados no podían superar el costo promedio ponderado de los contratos vigentes, esta entidad pretende volver a imponer un régimen de precios regulados para el gas y el transporte del combustible.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la CREG determinó en 2013 liberalizar el mercado de gas, en el sentido de no establecer límites regulatorios para el precio del gas puesto en cualquier punto de entrada al Sistema Nacional de Transporte. Lo anterior quiere decir que para la compra de este combustible por parte de los agentes térmicos se pueden pactar precios libres, sin un limitante regulatorio de por medio.

A pesar de esta decisión por parte de la CREG en relación con la liberalización del mercado, la SSPD pretende instituir nuevamente un precio regulado para los agentes térmicos, en el sentido que el efecto natural de que esta entidad imponga un límite para la declaración de costos de suministro y transporte, es que ello va a afectar necesariamente el proceso de fijación de precio para la compra del combustible por parte de los agentes en el sentido en que, si no pueden declarar un precio mayor al límite impuesto por la regulación, naturalmente no adquirirán combustible a un precio superior al que se les permite declarar.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que, en abierta contravía de lo dispuesto por la regulación, la SSPD pretende imponer a los agentes un límite máximo para la declaración de costos de suministro y transporte, límite que no sólo no existe en la regulación, sino que la CREG expresamente decidió no adoptar ni establecer al momento de expedir la Resolución 034 de 2001, especialmente para las fuentes que tuvieran un precio libre.

En ese orden, y en consideración a que en la actualidad todas las fuentes tienen un precio libre, naturalmente resulta absolutamente contrario al ordenamiento jurídico que la norma creada y posteriormente aplicada por la SSPD, establezca límites en la declaración de costos de suministro y transporte de combustible, cuando la regulación de la CREG (entidad con la competencia y facultad para

determinar los aspectos asociados a la conducta y actuaciones de los prestadores del servicio), decidió expresamente, en la regulación vigente para el momento de los hechos investigados, no determinar ningún límite en relación con estos aspectos, para las fuentes con precio libre.

Se insiste en que la SSPD aún puede evaluar si su actuación es contraria a la regulación, para lo que resulta orientadora la presente misiva, y con ello evitar, retroactivamente instaurar e imponer de máximos limitantes a la declaración de costos de suministro y transporte, que son inexistentes en la regulación y que van en contravía de lo dispuesto por la CREG, como se explicó arriba.

4. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios podría estar actuando arbitrariamente al exigirle a los agentes el cumplimiento de criterios y reglas que para esta era imposible conocer y cumplir.

Tal y como se ha expuesto a lo largo de este documento, ni la ley ni la regulación establecieron una guía de comportamiento para los agentes generadores térmicos, concordante con lo que ahora exige la SSPD. Por el contrario, como se ha dicho, el entendido no sólo de la CREG sino del mercado en general, e incluso de la SSPD¹ radicaba en que para la declaración de costos de suministro y de transporte, los agentes no estaban limitados por criterios *ex – post*, ni existía un limitante máximo del precio que podría declararse.

En efecto, debe anotarse que en el *Informe Semestral de Seguimiento y Monitoreo de los Mercados Mayoristas de Electricidad y Gas. Enero-Junio 2019*, emitido por la SSPD, dicha entidad expuso lo siguiente:

*(...) Esta diferencia podría corresponder al cubrimiento de un riesgo comercial que se genera **porque los agentes no conocen el costo real del día y declaran una estimación** del mismo incluyendo un margen, además de tasas impositivas. (...)*

(...)

Es necesario revisar esta práctica de los agentes ya que, aunque la regulación lo permite y están dentro del rango de precios de sus contratos, esto puede encarecer aún más el componente de restricciones.

¹ La SSPD en el Informe Semestral de Seguimiento y Monitoreo de los Mercados Mayoristas de Electricidad y Gas. Enero-Junio 2019 manifestó lo siguiente: “Para cubrir sus riesgos, las térmicas parecen estar incurriendo en la práctica de sobreestimar los costos declarados, lo que les está generando un margen sobre la operación. Es necesario revisar esta práctica de los agentes ya que, aunque la regulación lo permite y están dentro del rango de precios de sus contratos, esto puede encarecer aún más el componente de restricciones”.

Mucho menos existía una práctica, una indicación o al menos una guía bajo la cual se pudiera entender que para el examen del comportamiento de los agentes térmicos, la SSPD aplicaría una regla, criterios y metodología regulatoria tan específica como la que creó exclusivamente para los procesos administrativos sancionatorios en los cuales, valga decirlo, es la primera vez en la que se expone y se impone esta exigencia para los generadores térmicos.

Se tiene con lo anterior que para los agentes era imposible cumplir con el comportamiento exigido por la SSPD, pues de manera previa a la investigación no existía ni siquiera una guía, concepto, señal, o instrumentos legales similares, que permitieran a los agentes saber la regla que aplicaría la superintendencia en relación con las declaraciones de costos.

Lo anterior es contrario al Estado de Derecho, y a los principios de irretroactividad de las normas y del principio de confianza legítima.

En efecto, el Consejo de Estado en Sentencia C- 092 de 2018 (M.P. Alberto Ríos Rojas), expuso lo siguiente en relación con el principio de legalidad y de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio:

(...) El principio de legalidad alude a que una norma con fuerza material de ley establezca la descripción de las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas. En materia sancionatoria, este principio también se materializa en la tipicidad, pero con una aplicación distinta a la que opera en materia penal, por no versar sobre conductas que impliquen una incursión tan significativa en el núcleo duro de los derechos fundamentales.

*Como es sabido **el principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación -lex previa-**. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2º del artículo 29 de la Constitución Política que consagra el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación.*

*Por su parte, el principio de tipicidad implícito en el de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, **de manera que le permita a las personas a quienes van***

dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión (negrita y subrayado fuera del original).

Así las cosas, si bien este alto tribunal ha aceptado que en materia sancionatoria administrativa este principio se entienda de forma diferente a su acepción en materia penal, en todo caso ha manifestado que el mismo obliga a que las autoridades administrativas, incluyendo la SSPD, ejerzan la función sancionatoria con base en elementos razonables y suficientemente definidos de manera previa a la supuesta comisión de la conducta violatoria de la ley o la regulación.

En ese orden, en Sentencia SU 1010 de 2008, la Corte Constitucional determinó:

*(...) la flexibilidad del principio de legalidad **no significa que se permita la arbitrariedad de la Administración en la imposición de las sanciones**, por lo que en todo caso la ley deberá establecer, como mínimo, **los elementos básicos** de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o **los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, así como la sanción que será impuesta o los criterios para determinarla con claridad**. (negrita y subrayado fuera del original*

Lo anterior ha sido desarrollado con claridad por el Consejo de Estado, que en sentencia de 5 de marzo de 2019 (C.P. Germán Alberto Bula Escobar), expuso lo siguiente:

*Estima la Sala que **la aplicación práctica y concreta del principio de tipicidad debe permitir a los destinatarios de la norma hacer un ejercicio de "predictibilidad de la sanción"**, según el cual la norma sancionatoria **garantice que se puedan predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción correspondientes**. Esto conlleva a que constitucionalmente **no sean admisibles formulaciones tan abiertas (por su amplitud, vaguedad o indefinición), que la efectividad de la infracción o de la sanción prevista en la ley dependan de una decisión libre y arbitraria del intérprete o de la autoridad administrativa que ejerza la potestad sancionadora: la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la Administración en la imposición de las sanciones o las penas**. (negrita y subrayado fuera del original).*

En efecto, uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico radica en la garantía para ciudadanos y agentes, de que sólo se juzgarán sus actuaciones con base en normas y criterios establecidos y publicados con anterioridad a la conducta que se analiza.

Imponer una sanción a un agente por conductas definidas como antijurídicas de forma posterior al hecho, como sucede en este caso, resulta absolutamente contrario a nuestro Estado de Derecho, uno de cuyos pilares fundamentales es el principio de legalidad, que como se ha señalado, busca evitar la arbitrariedad y abuso por parte de las autoridades estatales, para así darle certeza y seguridad a los agentes respecto de cuáles son las actuaciones y conductas permitida y prohibidas.

Sólo de esta forma se hace viable no sólo la vida en sociedad, sino el desarrollo de actividades fundamentales para esta como la prestación de servicios públicos domiciliarios. Lo anterior sería absolutamente imposible si agentes y usuarios estuvieran permanentemente a la expectativa y bajo el riesgo de que sus actuaciones pudieran ser consideradas, posteriormente, como contrarias a derecho, sin que hubiera norma específica previa, o si quiera concepto, precedente o indicación alguna, sobre cómo se juzgarán sus actuaciones.

Esto, igualmente, resulta abiertamente contrario a lo dispuesto por el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que tal y como lo ha dejado claro la jurisprudencia, nuestro ordenamiento jurídico protege a los ciudadanos y a las empresas, de decisiones de autoridades estatales que los sorprendan o que defrauden las expectativas válidamente creadas por la administración, respecto del marco normativo y los presupuestos que rigen su actuación; expectativas estas que surgen no sólo por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, sino también de las actuaciones y determinaciones de las mismas autoridades públicas.

En relación con la confianza legítima, la Corte Constitucional estableció lo siguiente en Sentencia T-675 de 2011 (M.P. María Victoria Calle):

*(...) De acuerdo con el entendimiento que le ha dado la Corte a la confianza legítima, se trata de un principio con raigambre constitucional que, entre otros efectos, tiene el de prohibirles a las autoridades públicas y a los poderes privados que por ejemplo participan en la prestación de servicios públicos, o en la satisfacción de necesidades básicas **"contravenir sus actuaciones precedentes y [d]efraudar las expectativas que generan en los***

demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico.

*(...) Es postulado esencial de nuestro ordenamiento jurídico, **la presunción de buena fe, que desde sus inicios esta Corporación ha definido como un valor que exige, tanto a los particulares como a las autoridades, ceñirse en sus actuaciones a una conducta sustentada en la confianza, seguridad y credibilidad que generan las actuaciones de los demás.** La confianza legítima, que deriva del principio de la buena fe, envuelve para los jueces y para los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un **respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad en el cumplimiento de las reglas jurídicas, buscando proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios sorpresivos de las autoridades***

Según lo expuesto, uno de los pilares sobre los que reposa nuestro ordenamiento jurídico radica en que los administrados tengan claro cuáles son las conductas aceptadas por el ordenamiento jurídico, con el fin de adaptar su comportamiento a estas normas, parámetros y estándares, por lo que resulta absolutamente trasgresor de nuestro Estado de Derecho, que cualquier autoridad imponga una sanción por conductas que la autoridad considera ilegales, pero cuya tipificación los agentes no conocían ni tenían por qué conocer, no sólo por no estar así contempladas por la ley y la regulación, sino también porque no existe una mínima indicación ni manifestación por parte de la autoridad, que hiciera posible para los agentes saber cuáles eran los estándares, criterios y reglas respecto de las cuales se evaluaría su comportamiento, específicamente en lo que se refiere a la declaración de costos de suministro y transporte de combustible.

Para los generadores térmicos resultaba absolutamente imposible cumplir con los estándares, reglas y criterios que sólo fueron públicos para el mercado a partir de los procesos administrativos sancionatorios, esto es, de forma posterior a las conductas que ahora se reprochan. En ese orden, la SSPD impuso una obligación a los agentes que estaban en absoluta imposibilidad jurídica y física de cumplir, pues para ello prácticamente tendrían que devolverse en el tiempo y adaptar su conducta a las exigencias específicas definidas por dicha entidad.

A lo anterior debe sumarse que la explicación de las razones por las que adoptan estos criterios y su justificación radica en un sólo párrafo en este sentido:

Se trata entonces del criterio que mejor distribuye los riesgos entre los generadores y la demanda, teniendo en cuenta que criterios diferentes como el contrato más costoso o el más económico, inevitablemente transfieren el riesgo de forma desproporcionada a algunas partes

Conviene comparar esta sencilla justificación, con el robusto Documento CREG 25 de 2020, con el que dicha comisión justificó, de forma técnica, jurídica y económica, la razonabilidad de adoptar criterios *ex – post* y de certeza para la declaración de costos de suministro y de transporte de combustible, esto es, lo mismo que en contra de la normatividad, hizo la SSPD a través del párrafo recién citado.

Esto comprueba una vez más, que la utilización del criterio normativo instaurado por la SSPD resulta arbitrario y contrario a las disposiciones y procedimientos dispuestos por el ordenamiento jurídico, para que los agentes y administrados en general conozcan y puedan discutir los criterios de conducta que los van a regir, de forma previa a que les sean impuestas.

Finalmente, debe señalarse una causal adicional que hace evidente la actuación contraria a derecho en la que incurriría la SSPD de imponer sanciones. El parágrafo 1, artículo 79 de la Ley 142 de 1994, prohíbe expresamente a la SSPD exigir que los actos o contratos de los agentes del mercado se sometan a su aprobación. Al respecto esta norma señala:

En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, <sic> visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite.

Según lo expuesto por la SSPD, lo que pareciera pretender esta entidad es que los agentes le consulten en cada caso si su comportamiento se ajustaba o no a lo que en consideración de dicha entidad es o era aceptado por el ordenamiento jurídico. Esto en consideración a que no existía otra forma para los generadores térmicos de saber si dicha entidad, posteriormente, validaría o no su forma de actuar, pues teniendo en cuenta que los criterios bajo los cuales la SSPD los juzgaría, sólo sería conocidos por ellos en el momento de la investigación, la

única alternativa viable para validar su actuación, sería presentarle a la SSPD, de forma previa a la declaración, la forma en que pretendían hacerlo, con el fin de que esta entidad lo validará o rechazara. Como se ha señalado, esta actuación es claramente contraria al artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que la SSPD tiene elementos de juicio suficientes para archivar estas investigaciones, toda vez que con esto no sólo se protegerá y se dará vigencia y cumplimiento al ordenamiento jurídico, sino también porque confirmará que el Estado colombiano, incluyendo la SSPD, siempre actúa en desarrollo del principio de legalidad y en acatamiento del Estado de Derecho, considerando adicionalmente que el efecto al cual van dirigidos los esfuerzos de esta entidad en relación con las reconciliaciones positivas de los agentes generadores, ya fueron reconocidos por la Resolución 044 de 2020.

5. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no podría exigir a los agentes comportarse según la regla instaurada por dicha entidad, cuando haber cumplido con ello también podría haber generado el inicio de una investigación.

Como lo sabe la SSPD, las reconciliaciones positivas son “(...) *el pago que recibe un generador por despachar energía de una de sus plantas, cuando resulta necesaria para cubrir un déficit de suministro causado por restricciones eléctricas u operativas en el sistema de interconexión.*”

Como se ha expuesto, según lo que regulaba la Resolución 034 de 2001, los agentes generadores térmicos estaban obligados a declarar los costos de suministro y transporte de combustible 7 días antes de la operación (*ex - ante*). En esa medida, esta resolución obligaba a los agentes a actuar con la suficiente prudencia y cautela para, ante la situación incierta del futuro del mercado, contar con condiciones suficientes para atender situaciones de déficit que pudieran poner en riesgo el suministro continuo de energía en el mercado.

En consideración al criterio *ex - ante* que incluía la Resolución 034 de 2001, y tal y como lo reconoció la CREG en el Documento 025 de 2020, los generadores térmicos estaban obligados a hacer una declaración de costos que incluyera los posibles riesgos y variabilidades del mercado a futuro, lo que en consecuencia podría tener como efecto que los precios declarados fueran superiores a los reales, situación ésta que es aceptada y hace parte de la regulación de la CREG

vigente en ese momento. Si estas declaraciones se tenían que hacer una semana antes de las operaciones, los costos declarados debían incluir la previsión suficiente de condiciones que permitieran a los generadores contar con la capacidad real de responder al sistema, ante necesidades energéticas que requirieran de su generación.

Que los agentes no tuvieran la suficiente precaución en relación con la declaración de costos de suministro y transporte de combustible, podría haber tenido al menos dos efectos. En primer lugar, hubiera podido suceder que en el momento en que el sistema necesitara de la generación de los agentes térmicos, estos no tuvieran el combustible suficiente o la capacidad de transporte necesaria para llevar a cabo la generación requerida para cubrir los déficits del sistema, esto ante una situación en la que las declaraciones de los agentes no hubieran sido suficientemente ajustadas para cubrir los costos necesarios para adelantar las generaciones de seguridad requeridas.

En segundo lugar, podría suceder que, aun cuando entre la declaración *ex - ante* de los agentes, y la operación real, se hubiera dado una variación drástica del mercado, los agentes generadores decidieran hacer el esfuerzo financiero para tener los contratos de suministro y transporte suficientes para atender la generación requerida por el sistema, aún a pérdida. Este escenario, sin embargo, podría llevar a una situación financiera crítica a los agentes generadores, al tener que asumir las pérdidas derivadas de estas generaciones de seguridad.

Lo anterior demuestra que, si los agentes hubieran estado obligados a adoptar la conducta que la SSPD pretende en relación con la declaración de costos, estos hubieran estado en grave riesgo de que dicha entidad también les imputara conductas contrarias a las normas que gobiernan la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

La imposición de un límite máximo para la declaración de costos de suministro y transporte del combustible, aún cuando los agentes tenían que partir de supuestos ***ex - ante*** a la operación, podría poner a los agentes en una de las situaciones arriba descritas, en las que la declaración de estos costos fuera insuficiente para atender las necesidades requeridas por la operación real, lo cual hubiera obligado a los generadores térmicos a no poder cumplir con estas obligaciones de generación, o a asumir pérdidas cuantiosas para poder cumplir con ese cometido.

Cualquiera de las dos situaciones hubiera podido generar que la SSPD iniciara investigaciones o impusiera sanciones a los agentes, pues por un lado se les hubiera endilgado haber puesto en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, y por el otro, se les hubiera señalado de incumplir con principios de las leyes 142 y 143 de 1994, relacionados con la eficiencia económica y suficiencia financiera, lo cual también implica un riesgo para el sistema, ya que si se pone en riesgo la sostenibilidad operativa de los agentes, el sistema podría no tener los suficientes prestadores para atender las necesidades energéticas del país.

Resulta contrario a nuestro ordenamiento jurídico que los órganos de vigilancia y control pudieran iniciar investigaciones e imponer sanciones a los agentes, tanto por haber cumplido con los criterios de declaración de costos que dicha entidad pretende, como por supuestamente no haberle dado cumplimiento a las reglas *creadas* por dicha entidad.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico una conducta no puede ser considerada ilícita si la conducta alternativa también hubiere sido considerada como contraria al ordenamiento jurídico. Así las cosas, que la SSPD inicie una investigación y pretenda imponer sanciones por no haber ejecutado una conducta que, de haberla realizado, también le hubiera acarreado posibles investigaciones por parte de dicha Superintendencia, así como el riesgo de ponerlas en condiciones de insuficiencia financiera, no resulta compatible con lo dispuesto por la ley y la jurisprudencia en relación con el poder sancionatorio del Estado.

Sobre lo anterior es fundamental tener en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de 22 de octubre de 2012 (C.P. Enrique Gil Botero), respecto de la imposibilidad de adelantar un juicio de reproche y, en esa misma medida, de imponer una sanción administrativa, cuando la conducta alternativa también hubiera sido objeto de reproche:

*(...) la posibilidad de declarar responsabilidad depende en todo momento de la necesaria realización de un juicio de reprochabilidad que implica que **sólo actúa culpablemente aquella persona que de acuerdo con el ordenamiento jurídico podía proceder de otra manera**; por consiguiente, luego de este juicio genérico de culpabilidad si procede aplicar técnicas concretas para su determinación (imputación propiamente dicha)*
(...) (negrita y subrayado fuera del original)

En atención a lo expuesto, consideramos razonable y necesario que la SSPD, en los procesos de la referencia, no adopte una decisión que pudiera ser abierta y absolutamente contraria al ordenamiento jurídico, lo que a su vez posteriormente tendría consecuencias negativas para dicha entidad, en razón a los perjuicios que se le ocasionarán a los agentes por la adopción de esta decisión clara y evidentemente contraria a derecho.

En esa medida, si bien la SSPD pareciera tener la intención de establecer criterios y condiciones que estima adecuadas y convenientes para el comportamiento de los agentes en el mercado, consideramos que, además de no ser ajustado al ordenamiento jurídico, no es necesario que para que los agentes ajusten su conducta a estos criterios, la SSPD adopte una decisión sancionatoria que resultaría antijurídica, toda vez que la CREG en ejercicio de sus competencias, y con participación de dicha superintendencia en las sesiones respectivas, ya adoptó regulación para su aplicación a futuro, concordante con el objetivo y el contenido de los criterios adoptados por la SSPD en el Pliego.

Presentamos a la SSPD, de manera respetuosa, las consideraciones arriba expuestas, con la permanente intención de que todas las entidades y agentes involucrados en la prestación del servicio público de energía eléctrica, trabajemos de forma armónica y colaborativa, para que el desarrollo de estas actividades no sólo se ajuste al ordenamiento jurídico, sino también para que el suministro de energía siga siendo de calidad, continuo, eficiente y seguro.

Estamos a disposición de ustedes para lo que se requiera.

Cordialmente,


ALEJANDRO CASTAÑEDA CUERVO
Director Ejecutivo

Con Copia: Doctora Natasha Avendaño García, Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

