

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS RELEVANTES RELACIONADOS CON LA SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA DEL CARGO POR CONFIABILIDAD

1. Introducción

Mediante la resolución CREG-071 de 2006 la CREG adoptó la metodología para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía, con la cual se reemplazó la del Cargo por Capacidad, que rigió desde el 1 de diciembre de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2006 como se estableció en 1995.

Esta nueva metodología contiene un conjunto de mecanismos orientados a incentivar las nuevas inversiones en el sector eléctrico necesarias para asegurar la expansión de la capacidad instalada que requiere el Sistema Interconectado Nacional, con el fin de garantizar la prestación de un servicio de energía continuo y confiable.

Desde el punto de vista jurídico, este esquema adoptado regulatoriamente por la CREG, a primera vista, puede resultar "novedoso" frente a algunos mecanismos convencionales que utilizó el Estado en el pasado para desarrollar las inversiones en el sector eléctrico, como el contrato de concesión, los contratos *Power Purchase Agreement (PPA)*, *Bulding Operating and Transfer (BOT)*, *Bulding Operating Mantenance and Transfer (BOMT)*, etc.

Este nuevo esquema se enmarca dentro del régimen jurídico adoptado en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 y el nuevo régimen legal establecido mediante las leyes 142 y 143 de 1994, que introdujeron reformas radicales en el sector eléctrico, en virtud de las cuales se viene desarrollando y consolidando un Mercado Mayorista de Energía, con reglas jurídicas propias, que funciona desde el 20 de julio de 1995.

En la concepción y desarrollo de la metodología de remuneración del Cargo por Confiabilidad, que finalmente se adoptó mediante la Resolución 071 de 2006, uno de los aspectos que analizó la Comisión fue la forma jurídica que debía darse a las relaciones jurídicas que en virtud de la aplicación de las normas sobre dicho cargo surgen entre los generadores percibirán la respectiva remuneración, y la demanda conectada al Sistema Interconectado Nacional que se beneficiará con el nivel de confiabilidad que se garantiza con el nuevo mecanismo. Esto, con el fin de dotar a los inversionistas de instrumentos que brinden un nivel de seguridad jurídica adecuado.

En este documento se presenta una síntesis de las consideraciones que se tuvieron en cuenta, así como un resumen de los referidos instrumentos.

2. Consideraciones generales sobre la Seguridad Jurídica

La seguridad jurídica es un principio rector de los Estados modernos, independientemente de la tradición jurídica que impere en cada Estado. Así, tanto en los países de tradición jurídica latina, como en los países del *common law*, la seguridad jurídica es un bien protegido. No obstante, no es un principio absoluto, que se encuentre moldeado con características similares en todos los Estados, sino que obedece principalmente a los rasgos propios de cada modelo estatal.

Sin embargo, sin ser general, el nivel de seguridad jurídica en cada Estado se puede concluir de aspectos comunes, como de la certeza de las normas que conforman una determinada institución jurídica y las que son aplicables a cada relación jurídica; la estabilidad de las normas; la claridad en la tipificación o definición de los hechos jurídicos y las consecuencias jurídicas reguladas en las normas; el respeto de los jueces por la normatividad jurídica y sus efectos, tales como los derechos y obligaciones; la idoneidad de los mecanismos de acceso a la justicia en procura de la solución de conflictos y de los medios probatorios para demostrar y hacer valer los derechos; y la cosa juzgada y su eficacia; entre otros.

Colombia está organizada políticamente como un Estado Social de Derecho, con una Constitución Política, que rige desde 1991, es “norma de normas” y “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. (Art. 4). Consecuencia de tal expresión es que la voluntad y las decisiones del Estado y sus autoridades están subordinadas a la Constitución y a la Ley.

En virtud de esta misma Constitución, el Estado colombiano debe cumplir entre otros fines esenciales, los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Art. 2).

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Art. 2).

Se garantiza a todas las personas, entre otros derechos fundamentales, el libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico (Art. 16), que comprende entre otros, la libertad de empresa con función social y la libertad contractual (Art. 333); la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad (Art. 38); la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser

desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (Art. 58); y la libre actividad económica y la libre iniciativa privada, dentro de los límites del bien común; para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley (Art. 333).

También se garantiza el debido proceso, que comprende entre otros, la garantía de plenitud de las formas en los juicios, el juez natural, la legalidad de las penas, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y la cosa juzgada (Art. 29); la independencia de la administración de justicia (Art. 228); el acceso de todas las personas a la justicia (Art. 229); y el sometimiento de los jueces en sus decisiones al imperio de la ley (Art. 230).

Lo anterior permite concluir que en Colombia la Seguridad Jurídica es un bien jurídico protegido constitucionalmente, con el alcance y contenido que se deriva de las normas de la Constitución Política. En este mismo sentido lo ha venido señalando reiteradamente la honorable Corte Constitucional, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

3. Aspectos constitucionales económicos del Estado Colombiano.

La Constitución Política no adoptó expresamente un determinado modelo económico. Sin embargo, según la doctrina de la Honorable Corte Constitucional, contiene un conjunto de instituciones que permiten afirmar la existencia de una economía social de mercado, que irradia las distintas actividades económicas, incluidas las de los servicios públicos domiciliarios, y una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos.

Entre los aspectos económicos más relevantes, se parte del reconocimiento de la propiedad privada, libre actividad económica, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad contractual, en los distintos los sectores económicos, incluido el sector eléctrico. Estos derechos, según la Constitución Política, son susceptibles de algunas limitaciones como las derivadas de la función social y ecológica y el bien común, a través de la intervención que debe hacer el Estado, por mandato de la ley, para racionalizar la economía (Art. 334).

La libre competencia económica está garantizada como un derecho de todos que supone responsabilidades. El Estado, por mandato de la ley, debe impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. Según lo ha venido decantando la doctrina de la honorable Corte Constitucional, la libre competencia económica hace parte de la nueva estructura del Estado colombiano.

En materia de servicios públicos, prevé la Constitución Política que son inherentes a la finalidad social del Estado; pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.

Independientemente de quien los preste, están sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y a la regulación y al control, inspección y vigilancia que debe mantener el Estado. (Art. 365).

La regulación, que para el caso del servicio público de energía eléctrica está a cargo de la CREG, está definida en las leyes 142 y 143 de 1994, como un instrumento de intervención del Estado en los servicios públicos.

En general, aplican a las actividades económicas que comprende la prestación de los servicios públicos domiciliarios, los principios económicos constitucionales que se han dejado reseñados.

4. Aspectos legales generales del sector eléctrico colombiano.

El sector eléctrico colombiano fue reformado estructuralmente mediante las leyes 142 y 143 de 1994. Según este nuevo régimen jurídico, las actividades económicas propias de la prestación del servicio de energía eléctrica se rigen por los principios constitucionales atrás señalados de libre actividad económica, libre iniciativa privada, libertad de entrada y de salida, libertad de empresa, libre competencia y propiedad privada, con regulación, e inspección, vigilancia y control a cargo del Estado.

Según la ley 143 de 1994, estos principios constitucionales de libertad son la regla general en las actividades del sector eléctrico¹, mientras que la concesión es la excepción, tal como está previsto en su artículo 56.

Establece el artículo 7 de esta última ley, que “en las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional, y el artículo 3o. de esta Ley. En los casos señalados por la ley, para operar o poner en funcionamiento los proyectos se deberán obtener de las autoridades competentes los permisos los respectivos en materia ambiental, sanitaria, uso de aguas y los de orden municipal que sean exigibles”.

En el mismo sentido establece, el artículo 24 de la misma ley, que “la construcción de plantas generadoras, con sus respectivas líneas de conexión a las redes de interconexión y transmisión, está permitida a todos los agentes económicos”.

Y específicamente dispuso el artículo 85 ibídem, que “las decisiones de inversión en generación, interconexión, transmisión y distribución de energía eléctrica, constituyen responsabilidad de aquéllos que las acometan, quienes

¹ Según la ley 143 de 1994, artículo 1, estas actividades son la “generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad”.

asumen en su integridad los riesgos inherentes a la ejecución y explotación de los proyectos”.

De acuerdo con las anteriores normas, para la ejecución y explotación de proyectos de generación no está prevista la posibilidad legal de que el Estado Colombiano celebre contratos con inversionistas para que los adelanten. Por regla general, la ejecución de tales proyectos, por parte del sector privado, corresponde a su libre iniciativa.

La ley 143 de 1994 solamente autoriza a la Nación para suscribir contrato de concesión, en lo relacionado con la generación, cuando *“como resultado de la libre iniciativa de los distintos agentes económicos, en un contexto de competencia, no exista ninguna entidad dispuesta a asumir, en igualdad de condiciones, la prestación de estas actividades”.* (Art. 56).

Esa misma ley creó el Sistema Interconectado Nacional, que definió como *“el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios”.* Y el Mercado Mayorista, que es *“el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación”.* (Art. 11).

La ley 142 de 1994, artículo 167, atribuyó al Centro Nacional de Despacho (CND) la función genérica de administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el Mercado Mayorista, con sujeción a las normas del reglamento de operación. Esta función la cumple actualmente a través del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado Mayorista.

En adición, esta misma ley, artículo 171, y la ley 143 de 1994, artículo 34, atribuyeron al CND, entre otras, las funciones específicas de planear la operación conjunta de los recursos de generación, del sistema interconectado nacional, teniendo como objetivo una operación segura, confiable y económica, y determinar el valor de los intercambios resultantes de la operación conjunta de los recursos energéticos del sistema interconectado nacional.

El Centro Nacional de Despacho, en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales administra la operación del Mercado Mayorista.

La coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional y el funcionamiento del Mercado Mayorista se rigen, según estas leyes, por el Reglamento de Operación que debe expedir la CREG, según los artículos 74.1 literal c) de la ley 142 de 1994 y artículo 23, literal i) de la ley 143 del mismo año.

Dicho Reglamento fue definido por la ley 143 de 1994, como el *“conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento,*

la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El reglamento de operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional”.

La regulación del sector eléctrico fue atribuida a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) por las leyes 142 y 143 de 1994. La facultad o competencia que estas leyes le atribuyen a la CREG para expedir normas jurídicas obligatorias para el sector eléctrico, fue objeto de control constitucional por parte de la honorable Corte Constitucional, quien la declaró ajustada a la Constitución Política y precisó los fines a que se debe orientar dicha función y los límites dentro de los cuales se debe ejercer.

Específicamente, en cuanto se refiere a la competencia de la CREG para expedir el Reglamento de Operación y al alcance del mismo, el Consejo de Estado, juez competente para juzgar la legalidad de las decisiones que adopta la CREG en esta materia, ya se ha pronunciado a través de distintos fallos en los cuales ha reconocido, sin dificultad alguna, que la CREG está debidamente autorizada por la ley para expedir ese tipo de normatividad, en virtud de la cual puede regular y definir todo lo relacionado con el funcionamiento del Mercado Mayorista.

Entre las principales funciones que le atribuyó la ley 142 de 1994 a la CREG está la de *“regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”.* Art. 74.1. (Se destaca).

En el mismo sentido, la ley 143 de 1994, atribuyó a la CREG, la principal función de *“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”,* así como la de *“definir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía”.* (Art. 23).

Imperativamente manda esta misma norma que *“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”.* (Se destaca).

En cumplimiento de estos mandatos legales, la CREG desde 1996 puso en vigencia en el Mercado Mayorista de Energía un mecanismo denominado Cargo por Capacidad, que se pagó a la oferta eficiente que aporta firmeza al Sistema bajo determinadas condiciones de hidrología crítica,

ininterrumpidamente desde 1996, y que fue sustituido a partir del 1 de diciembre de 2006, por el actual Cargo por Confiabilidad.

5. Aspectos básicos del Mercado Mayorista de Energía.

Fundamentos Jurídicos del Mercado de Energía Mayorista en Colombia.

En 1994 y con base en mandatos de la Constitución de 1991, mediante la Ley 142 de 1994 se introdujo el modelo de mercados en competencia para la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, sometidos a la regulación, control y vigilancia por parte del Estado.

La ley 143 de 1994, que reguló de manera especial el sector eléctrico colombiano, definió el Mercado Mayorista como “*el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación*”, sometió su funcionamiento a los principios rectos de libre actividad económica, libre iniciativa y libre competencia, y asignó su operación al Centro Nacional de Despacho y su regulación a la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Este Mercado funciona desde el 20 de Julio de 1995 bajo este enfoque.

Estructura Institucional

La participación del Estado a partir de la introducción del modelo de competencia, tiene lugar en tres instancias: la definición de la política energética, la regulación y la vigilancia y el control.

La primera está a cargo del Ministerio de Minas y Energía. Una parte esencial de la política energética se desarrolla a través de la Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME), unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía, tiene como parte de sus funciones establecer los requerimientos energéticos del país y elaborar el Plan Energético Nacional y el Plan de Expansión del sector eléctrico, ambos de naturaleza indicativa, en concordancia con el proyecto del Plan Nacional de Desarrollo.

La tarea regulatoria es desarrollada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), integrada por:

- El Ministro de Minas y Energía, quien la preside
- El Ministro de Hacienda y Crédito Público
- El Director del Departamento Nacional de Planeación
- Cinco Expertos en asuntos energéticos, de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para periodos de cuatro años.

Por último, las labores de vigilancia y control de la prestación de los servicios públicos son desempeñadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. El superintendente es nombrado por el Presidente de la República.

Además de las mencionadas instituciones, el Mercado de Energía Mayorista (MEM) cuenta para su funcionamiento con un ente central denominado Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) encargado del registro de contratos, la liquidación y facturación de todas las transacciones que se efectúen en este mercado. El ASIC también se ocupa del mantenimiento de los sistemas de información

La planeación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del Sistema Interconectado Nacional está a cargo del Centro Nacional de Despacho (CND).

El CND y el ASIC son dependencias de la empresa XM S.A. E.S.P. regulada por la CREG.

Esta estructura institucional ha permanecido sin modificaciones desde su inicio en 1994.

Características Generales del Mercado de Energía Mayorista

El MEM está conformado por un conjunto de sistemas de intercambio de información entre los generadores y los comercializadores de energía eléctrica que operan en el Sistema Interconectado Nacional (SIN)², para realizar contratos bilaterales de energía a largo plazo y transacciones de corto plazo en la Bolsa de Energía (*pool* de generadores).

En este Mercado se transa toda la energía que se requiere para abastecer la demanda de los usuarios conectados al Sistema Interconectado Nacional, y que es ofertada por los agentes que conectan sus plantas o unidades de generación a dicho Sistema.

Por definición legal, son agentes del MEM los generadores, comercializadores y transportadores. Los agentes generadores están obligados a participar en el MEM con todas sus plantas o unidades de generación conectadas al SIN y con capacidad mayor o igual a 20MW, las cuales deben ser despachadas centralmente por el CND. Por su parte, todos los comercializadores que atiendan usuarios finales conectados al SIN están obligados a realizar sus transacciones de energía a través del MEM.

Las transacciones en el Mercado Mayorista de Electricidad, se efectúan bajo estas modalidades: i) Contratos bilaterales financieros de compra de energía,

² Los usuarios no participan directamente en este mercado

con precio, cantidad y modalidades contractuales definidas libremente entre los generadores y comercializadores; ii) Transacciones horarias directas en la bolsa de energía, definidas día a día, cuyos precios y cantidades físicas son determinados por la interacción horaria entre oferta y demanda; y iii) Subastas para la Asignación de Obligaciones de Energía Firme del Cargo por Confiabilidad, que sustituyó el Cargo por Capacidad, cuyos precios y cantidades también son determinados por la interacción de la oferta y la demanda.

Cualquier generador que ingrese a este mercado puede desarrollar la actividad de generación mediante su participación libre, en igualdad de condiciones, en cualquiera de estas transacciones o en todas ellas.

El esquema operativo, así como las reglas de funcionamiento y participación han permanecido estables desde la entrada en operación del mercado, incorporando solamente las modificaciones necesarias para preservar la competencia y la eficiencia en el mercado. Para el anterior Cargo por Capacidad, desde su regulación inicial en el año 1996, se definió un periodo de vigencia de 10 años, que culminó el 30 de noviembre de 2006. Una vez vencido este periodo, y después de un proceso aproximado de dos años de estudios, propuestas y discusión con la industria y demás interesados, se sustituyó dicho Cargo, a partir del 1 de diciembre de 2006, por el actual Cargo por Confiabilidad.

Con la adopción reciente del Cargo por Confiabilidad se introdujo en este Mercado Mayorista un mercado de Energía Firme, con obligaciones que pueden tener una vigencia desde un (1) año, hasta veinte (20) años, según lo elija el inversionista para las plantas definidas como nuevas, y hasta de diez (10) años según la decisión de los agentes con plantas calificadas como especiales.

6. Aspectos formales básicos del Cargo por Confiabilidad.

La obligación de valorar la confiabilidad que aporta la oferta energética eficiente al Sistema Interconectado Nacional tiene origen legal.

El cargo por confiabilidad es un mecanismo que se regula para dar cumplimiento, entre otros, a los siguientes objetivos legales y funciones que le fueron asignadas a la CREG:

- 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.
- Crear las condiciones para asegurar una oferta energética eficiente
- Valorar la capacidad de generación de respaldo de la oferta eficiente
- Definir y hacer operativos criterios técnicos de confiabilidad del servicio

El cargo por confiabilidad se introdujo como un instrumento del mercado mayorista.

Como ya se dijo, el Cargo por Confiabilidad es un mecanismo que, entre otros fines, busca valorar la capacidad de respaldo que la oferta eficiente aporta al Sistema, en cumplimiento de lo establecido en la ley 143 de 1994. Como se dejó establecido en la Resolución CREG-071 de 2006, el Cargo por Confiabilidad remunera la energía que *“está asociada a la Capacidad de Generación de Respaldo de que trata el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 y es la que puede comprometerse para garantizar a los usuarios la confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica bajo condiciones críticas”*.

Dado que según el marco jurídico que regula el funcionamiento del Mercado de Energía Mayorista, en este mercado se transa la oferta energética del Sistema Interconectado Nacional, el Cargo por Confiabilidad, en tanto busca valorar y remunerar la confiabilidad que aporta dicha oferta, se introdujo como un mecanismo de dicho mercado con el que se pretende a través de un proceso dinámico de negociación entre la oferta y la demanda, operado por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, determinar las Obligaciones de Energía Firme que se asignarán a cada generador y el precio al que la demanda pagará la respectiva remuneración.

Por tanto, las transacciones que se efectúan entre oferta y demanda relacionadas con el Cargo por Confiabilidad son transacciones del Mercado de Energía Mayorista, y están dotadas de la misma eficacia y seguridad jurídica que han caracterizado las transacciones de dicho mercado desde que inició su funcionamiento.

Con lo anterior se pretende no solamente que la valoración de la energía firme que se asigna a cada generador y su remuneración se determine a partir de mecanismos transparentes y eficientes del mercado, sino también que su liquidación y pago a los respectivos generadores se haga a través de los mismos procedimientos y mecanismos vigentes, que han generado solidez y confianza en el Mercado Mayorista a lo largo de su funcionamiento.

La obligación de energía firme que se asigna a un generador resulta de la subasta que ordena adelantar la CREG.

Como quedó establecido en la resolución CREG-071 de 2006, la valoración de la firmeza de una planta o unidad de generación se realiza en dos etapas. Una primera, en la cual se determina la energía firme que de acuerdo con sus características o méritos técnicos es capaz de producir una planta para el Cargo por Confiabilidad; y una segunda en la cual se define la cantidad de energía firme que debe aportar una unidad o planta al Sistema de acuerdo con el Despacho Ideal y el precio al que se le pagará.

Esta última valoración se efectúa a través de un procedimiento de mercado, consistente en una subasta. De esta subasta resulta:

- i) La obligación de energía firme asignada a un generador
- ii) La obligación de la demanda de pagar el precio resultante, como contraprestación a la oferta por la cantidad de energía firme subastada.

Como quedó establecido en la Resolución CREG-071 de 2006, la Obligación de Energía Firme que se asigna a cada generador y que impone a la demanda la obligación de pagar la respectiva remuneración del Cargo por Confiabilidad, resulta directamente de la subasta. Es decir, que desde el punto de vista jurídico para que la misma sea eficaz, esto es, produzca efectos no se requiere formalidad o solemnidad adicional para vincular al generador y a la demanda por el cumplimiento de la Obligación de Energía Firme asignada y el pago del respectivo Cargo por Confiabilidad asociado a dicha Obligación.

El régimen jurídico de la subasta y de las obligaciones que se asignan en ella está definido por la CREG, como parte de las reglas del funcionamiento del mercado mayorista.

La regulación jurídica de las transacciones de energía firme en el Mercado Mayorista fue establecida integralmente por la CREG, a través de la Resolución CREG-071 de 2006. Dicha normatividad hace parte del Reglamento de Operación que rige funcionamiento del Mercado de Energía Mayorista.

Esta regulación sobre el mercado de energía firme comprende fundamentalmente la metodología de cálculo de la Energía Firme para el Cargo por Confiabilidad, el mecanismo de negociación o de asignación de las Obligaciones de Energía Firme, la determinación del Precio del Cargo por Confiabilidad, el Precio de Escasez, el periodo de vigencia de las Obligaciones de Energía Firme, los riesgos y las garantías asociadas, así como las condiciones de exigibilidad, verificación de cumplimiento y liquidación de las Obligaciones de Energía Firme, y recaudo y pago del Cargo por Confiabilidad y de la energía firme asociada.

Una vez concluida la subasta quedan determinadas tanto las obligaciones que se asignan a cada generador, como las que se imponen a la demanda para pagar el respectivo Cargo por Confiabilidad. Estas últimas son la contraprestación por la Obligación de Energía Firme.

Por tanto, a partir de la conclusión de la subasta las obligaciones son exigibles, conforme al régimen jurídico establecido por la CREG.

El cargo por confiabilidad se liquida y recauda a través de la Bolsa de Energía.

Dado que el cargo por confiabilidad se introdujo como un instrumento del mercado mayorista, su liquidación, recaudo y pago se efectúa a través de la Bolsa de Energía, por parte del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, conforme a la regulación establecida por la CREG.

En este aspecto, la regulación de la CREG mantuvo, en sus aspectos fundamentales, las reglas y mecanismos que permitieron durante los diez años de vigencia del Cargo por Capacidad, liquidar, recaudar y pagar a los generadores este concepto, sin dificultad alguna.

7. Elementos jurídicos del régimen del Cargo por Confiabilidad determinantes de la seguridad jurídica para los inversionistas.

La seguridad jurídica para los inversionistas en el sector eléctrico colombiano no depende exclusivamente de la suscripción de un contrato con el Estado.

En el pasado, en Colombia se tuvo la percepción de que el contrato era el principal instrumento que “garantizaba” seguridad jurídica a los particulares, cuando acometían inversiones en el sector eléctrico, relacionadas, principalmente, con proyectos de generación y transmisión de energía eléctrica.

Esta percepción se justificó, entre otras razones, debido a que el servicio público de electricidad era de carácter monopólico, pues dentro del modelo estatal vigente hasta 1991 era responsabilidad exclusiva el estado prestarlo directamente, o través de concesionarios. Por esa razón, la ejecución de proyectos en este sector corría a cargo del Estado, quien debía asegurar, a través de sus respectivas entidades, la expansión del sector para lo cual, debía contratar la realización de las obras que demandaba dicha expansión. Y del otro lado, la participación de la inversión privada estaba subordinada al otorgamiento de la concesión, permiso o suscripción de un contrato por parte del Estado.

En adición, también porque este modelo monopólico de prestación del servicio público de energía a cargo del Estado estaba regido por una planeación centralizada de carácter obligatoria para el Estado, con criterios preponderantemente políticos y escasa de criterios de eficiencia económica, y caracterizado por mínima, o casi nula, intervención del legislador en la regulación de las actividades propias del servicio, debido tal vez a que el prestador era la administración pública quien, por una parte, se daba sus propias normas a través de los establecimientos públicos y demás entidades públicas organizadas para la prestación del servicio y, por otra parte, utilizaba el contrato de concesión, y otros afines como los BOT, BOMT y PPA, como principal instrumento para establecer el régimen jurídico de la ejecución de tales inversiones y la responsabilidad por la explotación de los respectivos proyectos, incluida la asignación o distribución de los riesgos jurídicos y económicos asociados, que en varios casos asumía plenamente la entidad estatal.

El anterior modelo fue modificado radicalmente por la Constitución Política de 1991. A partir de ésta, la responsabilidad del Estado no es la prestación directa de los servicios públicos, sino la de garantizar que su prestación se haga de manera eficiente a todos los habitantes, a través suyo, de particulares o de comunidades organizadas.

Mandó la Constitución que independientemente de quien sea el prestador, los servicios públicos se someterán al régimen jurídico que fije la ley (Art. 365); ordenó expresa y perentoriamente al Congreso de la República expedir ese régimen jurídico (Arts. 150.23 y Transitorio 48); ordenó al Estado mantener la regulación, el control y la vigilancia (Art. 365); estableció los casos excepcionales en que, por iniciativa del Gobierno y con aprobación del Congreso, puede “reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita” (Art. 365); y estableció que el régimen tarifario debe regirse, entre otros criterios, por el de costos (Art. 367).

En adición, la Constitución estableció un régimen económico que rige todas las actividades económicas propias de los servicios públicos domiciliarios, integrado por los principios de libre iniciativa, libre actividad económica, libre empresa y libre competencia, entre otros. (Título XII, Capítulo I).

En desarrollo de este régimen constitucional, como ya se dijo, las leyes 142 y 143 de 1994, sometieron el servicio público de electricidad a las reglas propias de una economía de mercado, regido por los principios de libertad ya señalados.

Este nuevo régimen legal contiene normas expresas, según las cuales, le corresponde al Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, definir los planes de expansión de la generación y de la red de interconexión y fijar criterios para orientar el planeamiento de la transmisión y la distribución, los cuales “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”. (L. 143/94, Art. 18).

También señala esta norma los proyectos que debe acometer el Gobierno Nacional. Específicamente establece que éste tomará las medidas necesarias para garantizar la puesta en operación “*de aquellos proyectos previstos en el plan de expansión de referencia del sector eléctrico, que no hayan sido escogidos por otros inversionistas, de tal forma que satisfagan los requerimientos de infraestructura contemplados en dicho plan*”, caso en el cual el Gobierno asumirá los riesgos inherentes a la construcción y explotación de estos proyectos.

En relación con las decisiones de inversión de los agentes privados en el sector eléctrico, expresamente establece el artículo 85 de la ley 143 de 1994,

que constituyen responsabilidad de quienes las acometen, quienes asumen la integridad de los riesgos inherentes a su ejecución y explotación.

Y expresamente, según el artículo 56, ya citado, el contrato de concesión en lo atinente a la generación de energía lo puede celebrar la nación, *“sólo en aquellos eventos en los cuales como resultado de la libre iniciativa de los distintos agentes económicos, en un contexto de competencia, no exista ninguna entidad dispuesta a asumir, en igualdad de condiciones, la prestación de estas actividades”*.

Bajo este nuevo régimen, la experiencia con los contratos que en el pasado se celebraron en el sector eléctrico evidenció cierta debilidad frente al control político sobre la gestión adelantada por el Gobierno Nacional en su momento, en el que, a la postre, algunos resultaron cuestionados desde el punto de vista de su eficiencia económica, y desembocaron en su renegociación.

Igualmente, bajo un régimen jurídico en el que la libre iniciativa, la libre actividad económica y la libre competencia son los principios rectores del sector eléctrico, y el contrato es un mecanismo reservado exclusivamente a aquellos casos de ausencia de inversionistas dispuestos a ejecutar las inversiones en dicho contexto, la seguridad jurídica no puede depender fundamental o exclusivamente, como en el pasado, de la existencia de un contrato con el Estado.

Asimismo, dentro de un esquema de mercado organizado legalmente, cuya regulación se puso en cabeza del Estado a través de instrumentos de intervención económica como la regulación, para la realización de transacciones económicas en el Mercado Mayorista cuyo régimen se ha definido enteramente por la regulación, resulta mínima la utilidad del contrato como mecanismo de definición del régimen jurídico aplicable a las inversiones adelantadas por los particulares y de distribución de riesgos, pues tales aspectos están definidos en la regulación.

Teniendo en cuenta esta nueva realidad jurídica del sector eléctrico, en el diseño del régimen jurídico del nuevo Cargo por Confiabilidad la CREG puso especial énfasis en la definición de precisos instrumentos que le permitan a los inversionistas un nivel adecuado de seguridad jurídica, que no dependen de la existencia de un contrato con el Estado sino principalmente de las características del nuevo régimen constitucional y legal que rige para el sector eléctrico, y en general de los principales aspectos que la doctrina ha identificado como determinantes de la seguridad en un determinado ordenamiento jurídico, como se explicará enseguida.

Certeza en la normatividad jurídica aplicable.

A diferencia de lo que sucedía antes de 1991, hoy en día existe en Colombia todo un régimen jurídico que regula de manera integral el sector eléctrico, la participación de los agentes privados así como la responsabilidad y el régimen

de las inversiones que acometan en dicho sector, conformado principalmente por la Constitución Política, las leyes 142 y 143 de 1994 expedidas por el Congreso de la República y el Reglamento de Operación y demás regulación expedida por la CREG en cumplimiento de las funciones que le fueron atribuidas por dichas leyes.

Como se ha identificado en este documento, el Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista se rige por las normas que la Constitución Política contiene sobre el régimen económico del Estado Colombiano (Título XII, Capítulo II) y que incluye el capítulo relativo a los servicios públicos (Capítulo V).

El régimen contenido en la Constitución Política ha sido desarrollado sistemáticamente por las leyes que expide por el Congreso de la República para regular el servicio público de energía eléctrica. Actualmente son las leyes 142 y 143, expedidas en julio de 1994, las cuales contienen las normas generales a partir de las cuales la CREG estableció la normatividad específica para regular el Cargo por Confiabilidad.

Esta normatividad específica sobre el Cargo por Confiabilidad en el Mercado de Energía Mayorista fue definida integralmente por la CREG, mediante acto de carácter general, impersonal y abstracto, que hace parte del Reglamento de Operación de dicho Mercado, y que por mandato de las leyes 142 y 143 de 1994, regulan de manera el funcionamiento del Mercado Mayorista.

Y específicamente, en cuanto se refiere a la normatividad aplicable para la asignación de las obligaciones de energía firme, la Resolución CREG-071 de 2006, dispuso:

“Artículo 33. Normatividad aplicable y vigencia de las Obligaciones de Energía Firme. Cada Subasta para la Asignación de Obligaciones de Energía Firme se regirá por la normatividad que regule la realización de la Subasta, que esté vigente en el momento de iniciar dicho proceso...”

Estabilidad jurídica en relación con el Cargo por Confiabilidad.

En general, los Estados modernos no garantizan una estabilidad absoluta en la normatividad que rige las actividades económicas en que participan distintos agentes. Tampoco se entiende la estabilidad en términos absolutos que impidan al Estado el ejercicio de sus funciones. En general, se trata de conciliar la estabilidad de ciertas situaciones jurídicas consolidadas en cabeza de los particulares, con la necesidad de ejercer la facultad interventora del Estado para adecuar la normatividad a las condiciones cambiantes del comercio, de los mercados y en general de las actividades económicas.

Una de las principales preocupaciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, al definir la regulación para el Cargo por Confiabilidad, fue la de prever condiciones que garanticen, en el largo plazo, estabilidad en el tratamiento jurídico de las inversiones que acometan los inversionistas en la

expansión de la capacidad de generación con plantas o unidades a las que se les pueda asignar Obligaciones de Energía Firme.

Para el efecto se definió que los agentes con plantas calificadas como nuevas, pueden elegir un periodo de vigencia hasta 20 años, y de hasta diez (10) años para los agentes con plantas especiales, el cual, una vez elegido, “no podrá ser modificado”.

Asociada a estas características del periodo de vigencia de la Obligación de Energía Firme, se incluyó una cláusula de estabilidad en las normas, en los siguientes términos:

Artículo 33. Normatividad aplicable y vigencia de las Obligaciones de Energía Firme. (...)

La CREG podrá modificar hacia el futuro las normas contenidas en la presente resolución, con arreglo a lo que dispongan las normas superiores, buscando en todo caso que se remunere la capacidad de generación de respaldo de que trata el artículo 23 de la ley 143 de 1994.

No obstante, las Obligaciones de Energía Firme que se asignen a cada generador tendrán el Período de Vigencia que esté definido en las normas que rigieron la realización de la Subasta, durante el cual se pagará la correspondiente remuneración prevista en esas mismas normas, sin perjuicio de los casos de incumplimiento por parte del generador previstos en la regulación, que le afecten la asignación y su remuneración. (Destacamos)”.

Adicionalmente, la ley de Estabilidad Jurídica (963 de 2005) prevé la posibilidad de que las personas que ejecuten inversiones nuevas o amplíen las existentes, por un monto igual o superior a 7.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para desarrollar la actividad de generación de energía eléctrica, podrán celebrar contrato con el Estado colombiano, mediante el cual se garantiza a quien lo suscriba, que “*si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo*”.

No obstante, debe tenerse en cuenta que dicho contrato solamente puede ser celebrado previa solicitud del respectivo inversionista y aprobación del Comité establecido en dicha Ley, y debe suscrito por el respectivo Ministro del ramo, aspectos sobre los cuales no le corresponde decidir a la CREG.

Claridad en la tipificación o definición de los hechos jurídicos y las consecuencias jurídicas reguladas en las normas.

La regulación específica que rige el Cargo por Confiabilidad la expidió la CREG después de un largo proceso de análisis y discusión con la industria y demás interesados, en el que se dio amplia difusión sobre la normatividad que se

proponía expedir la Comisión en esta materia, precisamente con el fin de dar claridad sobre su contenido y alcance.

Por otro lado, en la Resolución que finalmente se adoptó se hizo todo lo que estuvo al alcance de la Comisión para definir con total claridad los hechos jurídicos y las consecuencias jurídicas reguladas en dichas normas, teniendo en cuenta, entre otros, los comentarios, observaciones y dudas de los agentes relacionados con la interpretación de dichas normas.

En relación con los aspectos principales que permiten determinar la naturaleza jurídica de las relaciones que se establecen por el Cargo por Capacidad, el momento en que las mismas nacen a la vida jurídica, el alcance de la obligación que asume el agente generador al que se le asigna Obligación de Energía Firme, las condiciones en las que se le hará exigible dicha obligación, la remuneración que tiene derecho a percibir, así como la liquidación y pago, se estableció:

En primer lugar, expresa el artículo 1 de la Resolución CREG-071 de 2006, que mediante dicha normatividad “se adopta la metodología y otras disposiciones para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía. Las normas contenidas en esta resolución hacen parte del Reglamento de Operación”. (Destacamos).

La Obligación de Energía Firme, se definió en los siguientes términos:

“Obligación de Energía Firme: Vínculo resultante de la Subasta o del mecanismo que haga sus veces, que impone a un generador el deber de generar, de acuerdo con el Despacho Ideal, una cantidad diaria de energía durante el Período de Vigencia de la Obligación, cuando el Precio de Bolsa supere el Precio de Escasez. Esta cantidad de energía corresponde a la programación de generación horaria resultante del Despacho Ideal hasta una cantidad igual a la asignación hecha en la Subasta, considerando solamente la Demanda Doméstica, calculada de acuerdo con lo definido en esta resolución. (Destacamos).

De acuerdo con esta norma es claro que la Obligación de Energía Firme es la consecuencia jurídica que asume un generador por el hecho participar en una subasta o en el mecanismo en que se le hace la respectiva asignación.

Por otra parte, según esta norma también es claro que el vínculo jurídico denominado Obligación de Energía Firme nace a la vida jurídica directamente de la Subasta, sin que para ello se requiera de alguna otra formalidad jurídica.

Igualmente, expresa esta norma que la obligación que vincula al generador, consiste en generar, de acuerdo con el Despacho Ideal, una cantidad diaria de energía durante el Período de Vigencia de la Obligación, cuando el Precio de Bolsa supere el Precio de Escasez. En el mismo sentido, el Artículo 52 establece perentoriamente: “*Las obligaciones de energía firme serán exigibles a cada uno de los generadores remunerados por concepto de Cargo por*

Confiabilidad durante cada una de las horas en las que el Precio de Bolsa sea mayor que el Precio de Escasez vigente. Dichas obligaciones deberán ser cumplidas de conformidad con el Despacho Ideal”.

El periodo de vigencia, por su parte, fue definido como el “*periodo de tiempo durante el cual un agente generador queda vinculado al cumplimiento de su Obligación de Energía Firme*”, que, como ya se dijo, puede ser hasta de 20 años, según elija el generador con planta nueva, o hasta de 10 años según la elección del generador con planta especial, como se estableció en el artículo 5 de la citada Resolución CREG-071 de 2006.

En cuanto a los sujetos entre los cuales se establece el vínculo jurídico denominado Obligación de Energía Firme, en adición la citada Resolución establece:

“Subasta para la Asignación de Obligaciones de Energía Firme o Subasta: *Proceso dinámico de negociación de Obligaciones de Energía Firme, con reglas definidas para la formación del precio y asignación de cantidades basada en las ofertas realizadas por los participantes”.* (Subrayamos).

“Función de Demanda de Energía Firme: *Conjunto de pares que relacionan cantidades de Energía Firme expresadas en kilovatios-hora (kWh) y los precios respectivos, expresados en dólares por kilovatio-hora (US\$/kWh), que el sistema está dispuesto a adquirir en el proceso de Subasta, y que ha sido previamente anunciada a los participantes en la misma”.* (Destacamos).

Cargo por Confiabilidad: *Remuneración que se paga a un agente generador por la disponibilidad de activos de generación con las características y parámetros declarados para el cálculo de la ENFICC, que garantiza el cumplimiento de la Obligación de Energía Firme que le fue asignada en una Subasta para la Asignación de Obligaciones de Energía Firme o en el mecanismo que haga sus veces. Esta energía está asociada a la Capacidad de Generación de Respaldo de que trata el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 y es la que puede comprometerse para garantizar a los usuarios la confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica bajo condiciones críticas.* (Destacamos).

Según las anteriores normas, el vínculo jurídico denominado Obligación de Energía Firme se establece, entre el generador que debe entregar la energía asociada a dicha Obligación, de acuerdo con el Despacho Ideal, y la demanda del Sistema Interconectado Nacional. Este Sistema no es una persona jurídica, pero existe como institución jurídica creada por las leyes 142 y 143 de 1994, y su demanda, que corresponde a las cargas de todos los usuarios interconectados, se abastece en el Mercado de Energía Mayorista, y es representada en dicho mercado por los agentes comercializadores.

Estos últimos, por el solo hecho de participar en el Mercado de Energía Mayorista asumen la obligación de pagar el Cargo por Confiabilidad, que va incorporado en el precio de la energía que compran en dicho mercado, y que trasladan a los usuarios finales en la respectiva tarifa del servicio de energía eléctrica. Para el efecto, el Reglamento de Operación exige que los Comercializadores otorguen las respectivas garantías que deben cubrir el valor de estas transacciones.

Como ya se dijo, este mecanismo garantizó durante diez años (10) de vigencia el recaudo y pago del Cargo por Capacidad a los generadores, y se mantuvo para efectos de garantizar eficazmente el pago del Cargo por Confiabilidad.

En cuanto a las remuneraciones a que tiene derecho el generador por el cumplimiento de las Obligaciones de Energía Firme, la citada Resolución prevé expresamente que, por un lado, percibirá el Cargo por Capacidad, que es la remuneración que se paga *“por la disponibilidad de activos de generación con las características y parámetros declarados para el cálculo de la ENFICC, que garantiza el cumplimiento de la Obligación de Energía Firme que le fue asignada”*, al precio definido en la misma resolución; y por otro lado, que la energía que entregue el generador cuando le es exigida la Obligación de Energía Firme se le paga al precio máximo denominado Precio de Escasez:

“Precio de Escasez: Valor definido por la CREG y actualizado mensualmente que determina el nivel del precio de bolsa a partir del cual se hacen exigibles las Obligaciones de Energía Firme, y constituye el precio máximo al que se remunera esta energía”. (Destacamos).

En cuanto a la verificación del cumplimiento de la Obligación, su liquidación y facturación, la Resolución CREG-071 de 2006 contiene las reglas con arreglo a las cuales deben efectuarse dichas actividades (Capítulo VI), así como la formulación matemática y la respectiva metodología para llevar a cabo dichas actividades de una manera objetiva por parte del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado de Energía Mayorista.

Respeto de los jueces por la normatividad jurídica y sus efectos, tales como los derechos y obligaciones

La experiencia en la aplicación, durante diez años, de las normas del Cargo por Capacidad que fue sustituido por el Cargo por Confiabilidad, permiten concluir que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos), que es la competente para juzgar la legalidad de la normatividad expedida por la CREG y resolver los conflictos entre la administración y los particulares, se ha reconocido la facultad legal de la CREG para regular las normas de funcionamiento del Mercado de Energía Mayorista, así como la existencia jurídica del Cargo por Capacidad y sus efectos.

Por otro lado, la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, establecida desde tiempo atrás, tiene reconocido que en el ordenamiento jurídico colombiano, una vez que las normas de carácter general, impersonal y abstracto que expide la administración pública, como la Comisión de Regulación de Energía y Gas, han jugado sus efectos, a favor o en contra de sus destinatarios, se consolidan situaciones jurídicas dignas de ser protegidas por el derecho y a través de las respectivas acciones judiciales ante los jueces.

Medios probatorios para demostrar y hacer valer los derechos derivados de la regulación del Cargo por Capacidad.

En el ordenamiento jurídico colombiano está previsto que *“sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, los documentos, los documentos y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez”*. (Código de Procedimiento Civil, Art. 175).

A su vez, se conciben legalmente como documentos *“los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo...”* (C.de P.C., Art. 251).

Como ya se dijo, el Sistema Interconectado Nacional y el mercado mayorista de energía eléctrica son instituciones jurídicas creadas y reconocidas por la ley colombiana. Por tanto, las operaciones y transacciones que se lleven a cabo en dicho mercado gozan de reconocimiento y eficacia jurídica.

De igual forma tiene reconocimiento jurídico la valoración de la confiabilidad que la oferta energética eficiente aporta al Sistema Interconectado Nacional, por cuanto la ley 143 de 1994 impone a la CREG la función de efectuar tal valoración.

Asimismo, independientemente de la naturaleza jurídica que tenga el Centro Nacional de Despacho, la ley colombiana le atribuye a dicha entidad las funciones de administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, con sujeción a las normas del reglamento de operación; planear la operación conjunta de los recursos de generación, del sistema interconectado nacional, teniendo como objetivo una operación segura, confiable y económica, y determinar el valor de los intercambios resultantes de la operación conjunta de los recursos energéticos del sistema interconectado nacional.

Con fundamento en estas potestades legales, la resolución CREG-024 de 1995, que regula el funcionamiento del mercado mayorista como parte del Reglamento de Operación, previó que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, de oficio o a petición de parte expedirá

certificaciones sobre las transacciones de la bolsa de energía, que le permiten al agente probar sus derechos y obligaciones y la constitución en mora de los deudores.

En este mismo sentido, en la resolución CREG-071 de 2006, se estableció como parte de los procedimientos de funcionamiento del mercado mayorista, que el operador del mercado mayorista, en ejercicio de sus funciones legales de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, una vez concluida la asignación de las obligaciones de energía firme durante el periodo de transición, o una vez concluida la subasta, certifique, de oficio, su realización, las obligaciones que fueron asignadas a cada agente, el periodo de vigencia de las mismas, el precio resultante y los demás aspectos relevantes, que le permitan a un agente demostrar su situación jurídica concreta:

“Artículo 32. Certificación de la asignación de Obligaciones de Energía Firme. Una vez que el agente reciba su asignación de Obligaciones de Energía Firme, ya sea como resultado de una Subasta o del mecanismo que haga sus veces, y entregue a la CREG los contratos de suministro y transporte de combustibles y las garantías exigidas según el caso dentro de los plazos estipulados para ello en el cronograma establecido en el Artículo 18 de esta resolución, el ASIC expedirá una certificación de la asignación de Obligaciones de Energía Firme para cada una de las plantas y/o unidades de generación. Esta certificación deberá contener como mínimo:

1. La identificación de las Leyes Colombianas que crearon y regulan el Sistema Interconectado Nacional y el Mercado Mayorista de Energía;
2. La identificación de las Leyes Colombianas que le atribuyen la función de Administración del Sistema de Intercambios Comerciales de energía en el Mercado Mayorista;
3. La identificación de las Leyes Colombianas que imponen la Obligación de Valorar la Capacidad de Generación de Respaldo de la oferta eficiente;
4. La Resolución de la CREG que ordenó adelantar la respectiva Subasta, o el mecanismo que haga sus veces, para la Asignación de Obligaciones de Energía Firme para el Cargo por Confiabilidad;
5. La Obligación de Energía Firme que le fue asignada al respectivo agente;
6. El Período de Vigencia de la Obligación de Energía Firme Asignada;
7. El Precio de Escasez y el Precio de Cierre de la Subasta”.

El contenido mínimo de esta certificación se reguló principalmente con el fin de otorgar a los agentes que participan en la subasta un instrumento jurídico que les permita, entre otros aspectos:

1. Tener certeza y poder probar ante cualquier tribunal colombiano, cuáles fueron las condiciones bajo las que se llevó a cabo la subasta y que no pueden ser alteradas durante el periodo de vigencia de la Obligación de Energía Firme, según lo establecido por la CREG en el artículo 33 de la Resolución 071 de 2006;
2. Tener certeza sobre las normas jurídicas colombianas que le sirven de fundamento a los derechos y deberes derivados de la asignación de la Obligación de Energía Firme;
3. Establecer las situaciones jurídicas constituidas en su caso particular, por la participación en la subasta y el cumplimiento de sus obligaciones;
4. Demostrar que la Obligación de Energía Firme fue asumida por la demanda del Sistema Interconectado Nacional, a través del Mercado Mayorista creado y regulado por el Estado Colombiano, y en cumplimiento de lo establecido por la ley Colombiana; y
5. Establecer que las condiciones sobre precios y cantidades fueron decididas mediante un mecanismo transparente y eficiente de mercado, legalmente establecido en Colombia.