



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D.C., agosto nueve (9) de dos mil dieciocho (2018)

**RADICACIÓN NÚMERO: 25000232400020110082901**

**ACTOR: INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.**

**DEMANDADO: NACIÓN - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

**ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – FALLO**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 18 de septiembre de 2014 de la Subsección C en Descongestión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se declaró:

***“PRIMERO.- DECLÁRASE no probada la excepción de “ineptitud sustantiva de la demanda, por falta de legitimación en la parte por pasiva” propuesta, en esos términos, por la Nación - Ministerio de Minas y Energía - Comisión de regulación de Energía y Gas, según los considerandos de este proveído.***

***SEGUNDO.- DENIÉGUENSE (sic) las pretensiones de la demanda promovida por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., de conformidad con la parte motiva de esta providencia. (...)”***

## I. ANTECEDENTES

### 1. Pretensiones

En la demanda, la parte actora solicitó lo siguiente<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Folio 3 del cuaderno 1.



## **“PRETENSIONES PRINCIPALES**

### **1. DECLARATIVAS DE NULIDAD**

*1.1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución CREG 106 de 01 de julio de 2010 “por la cual se aprueba la base de activos y los parámetros necesarios para determinar la remuneración de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. en el Sistema de Transmisión Nacional” expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas y suscrita por el Viceministro de Minas y Energía en su calidad de delegado del Ministro de Minas y Energía y por el Director Ejecutivo de la Comisión, en cuanto a la exclusión de la Subestación Eléctrica Betania de la Base de Activos presentada para aprobación.*

*1.2. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución CREG 078 de 14 de junio de 2011 “por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. contra la Resolución CREG 106 de 2010” expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas y suscrita por el Viceministro de Minas y Energía en su calidad de delegado del Ministro de Minas y Energía y por el Director Ejecutivo de la Comisión, en cuanto a la exclusión de la Subestación Eléctrica Betania de la Base de Activos presentada para aprobación.*

### **2. DECLARATIVA DE RESTABLECIMIENTO**

*2.1. Que se declare que la CREG excluyó de forma ilegal la Subestación Eléctrica Betania de la Base de Activos aprobada mediante la Resolución 106 de 2010, confirmada en tal sentido por la Resolución 078 de 2011.*

*2.2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene la inclusión de la Subestación Eléctrica Betania dentro de la Base de Activos aprobada mediante Resolución 106 de 2010.*

*2.3. Que se condene a la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS a reconocer a favor de ISA los perjuicios materiales padecidos como consecuencia de la exclusión ilegítima de la Subestación Eléctrica de Betania de la base de*



*activos sujetos a remuneración, en el monto que sea probado dentro del proceso.*

*2.3.1. Que se indemnice a ISA en razón de los costos que tuvo que incurrir por efecto de defensa tanto en la actuación administrativa, en la conciliación extrajudicial y en el proceso contencioso administrativo, valores representados en la contratación del abogado externo y en la atención del proceso.*

*Estos conceptos son meramente enunciativos y el monto de la indemnización dependerá de lo que se acredite en el proceso.”*

## **2. Hechos**

La sociedad demandante expuso los siguientes:

Explicó que la subestación de Betania se encuentra ubicada en un terreno en el Municipio de Yaguará, Departamento del Huila, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 200-194397 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva.

Mencionó que la subestación Betania fue regulatoriamente clasificada como un activo de uso de transmisión nacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución CREG 011 de 2009.

Aclaró que la subestación Betania fue adquirida por la empresa Proyectos de Energía S.A. PESA, una sociedad comercial domiciliada en la ciudad de Cali, cuya propiedad le fue transferida por la Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P.

Señaló que en el año 2007, PESA inició el proceso de enajenación de la subestación, mediante un procedimiento de venta directa con ISA S.A. E.S.P., el cual terminó con la suscripción del contrato de compraventa el 21 de diciembre de ese año.

Sostuvo que las Resoluciones 004 del 28 de enero de 1999, 022 del 20 de febrero de 2001 y 001 de 10 de enero de 2006, corregida



por la Resolución 008 del mismo año, determinaron que ISA S.A. E.S.P. podía adquirir activos de transmisión de empresas que no tenían la posibilidad de ser seleccionadas, por su naturaleza jurídica, en los procesos de selección del Plan de Expansión de Referencia del STN.

Adujo que PESA no es una empresa de servicios públicos, por lo que no podía participar en los procesos de selección establecidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Precisó que, en cumplimiento de las disposiciones de la Ley 142 de 1994, la CREG profirió la Resolución CREG 103 de 2000, en la cual se estableció la metodología para la aplicación y el cálculo de los cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional (STN), la cual era aplicable desde el primero de enero de 2001 y, a través de la Resolución CREG 083 de 2008, se definió la metodología para el cálculo de la tasa de retorno que se aplicaría en la remuneración de la actividad de transmisión de energía eléctrica y se fijó dicha tasa.

Expuso que, posteriormente la CREG expidió la Resolución CREG 011 del 11 de febrero de 2009, por la cual se estableció la metodología y las fórmulas tarifarias para la remuneración de la actividad de transmisión de energía eléctrica en el Sistema de Transmisión Nacional, la cual era aplicable a todos los agentes económicos que prestan el servicio de transmisión de energía eléctrica.

Indicó que en dicho acto administrativo se dispuso que los activos del uso del Sistema de Transmisión Nacional serían remunerados, es decir, aquellos activos de transporte de electricidad que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kilovatios, son remunerados mediante cargos por uso del STN y pueden estar contruidos por una o varias unidades constructivas. Estos activos deben reportarse ante la Comisión Nacional de Regulación de Energía y Gas y esta aprobará la base de activos remunerables.



Precisó que la Resolución CREG 011 de 2009 establece que cada transmisor nacional será remunerado por los gastos de administración, operación y mantenimiento correspondientes a la actividad de transmisión de energía en el STN, remuneración que se realiza de acuerdo con la información inicial y anual que reportan los transmisores nacionales.

Sostuvo que el ingreso anual del transmisor se puede ajustar cuando se modifiquen los valores de las unidades constructivas, el valor de los gastos de administración, operación y mantenimiento reconocidos, cuando se excluyan activos de uso en operación y cuando ingresen o reemplacen nuevos activos de uso o unidades constructivas.

Señaló que mediante el escrito radicado con el número CREG E-2009-003785 presentó para aprobación de la CREG la base de activos que representa, en la cual se incluyó la subestación eléctrica de Betania.

Aclaró que mediante la Resolución CREG 106 del 1 de julio de 2010, por la cual se aprobaba la base de activos y los parámetros necesarios para determinar la remuneración de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. en el Sistema de Transmisión Nacional, la CREG excluyó la subestación eléctrica de Betania de la base de activos sujetos a remuneración, decisión contra la cual se interpuso el recurso de reposición.

Sostuvo que el recurso interpuesto se decidió mediante la Resolución CREG 078 del 14 de junio de 2011, en la cual se decidió negar las pretensiones relativas a la inclusión de la subestación eléctrica de Betania dentro de la base de activos aprobada.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación**

La sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. explicó que las Resoluciones CREG 106 del 1 de julio de 2010 y 078 del 14 de junio de 2011 son nulas por las siguientes razones:



### **3.1. Vicios de ilegalidad**

Precisó que la CREG excluye de la base de activos prestada la subestación eléctrica de Betania, de manera autónoma, unilateral e inconsulta y la única razón encontrada en las consideraciones de la Resolución CREG 106 del 1 de junio de 2010 respecto de esta situación es la presunta vulneración de lo dispuesto en la Resolución CREG 022 de 2001, esto es, que ISA S.A. E.S.P. no podía incrementar su participación en la actividad de transmisión mediante la adquisición de activos del Sistema de Transmisión Nacional que no sean construidos como resultado de algún proceso de selección de la Comisión Nacional de Regulación de Energía y Gas, sin que esta afirmación esté sustentada en algún argumento interpretativo.

Indicó que no existe una norma regulatoria que impida que ISA S.A. E.S.P. adquiera activos de propiedad de terceros no regulados, porque la normativa le impide aumentar su participación en la actividad de transmisión mediante actos jurídicos como la compra de acciones o activos de sujetos regulados, circunstancia diferente a la que ocurre en el caso en estudio.

Alegó que la CREG excluye la subestación por un supuesto aumento en la participación en la actividad de transmisión al haber adquirido el activo y no, por la compra de este.

Sostuvo que con los actos demandados se vulneran las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994 en las cuales se señala que todas las decisiones de las autoridades de los servicios públicos deben fundarse en motivos que determina la propia ley, y esos motivos que se invoquen deben ser comprobables, por lo que no se podía reprochar una adquisición que está autorizada por la ley.

Precisó que las resoluciones demandadas no son el resultado de una discusión sobre la adquisición de un activo o en un aumento en la participación en la transmisión, puesto que no existe una metodología para hacer dicho cálculo.



Concluyó que las normas reguladoras prohíben la adquisición de activos a las empresas que resultaren beneficiarias en los procesos de selección a los cuales hace referencia la Resolución 022 de 2001, porque esto protege el mercado, pero esto no es lo que ocurre en el caso en estudio y, en consecuencia, los actos administrativos demandados no demuestran la infracción alegada, lo que implica que estos son nulas.

### **3.2. Falta de competencia de la CREG para excluir la subestación eléctrica de Betania de la base de activos de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.**

Aclaró que la CREG tiene competencia para aprobar las tarifas que deben pagar los generadores, operadores de red y usuarios finales para el acceso y uso de las redes eléctricas del Sistema Interconectado Nacional, además de tener el deber de definir la metodología para determinar las mismas.

Explicó que, si bien la CREG debe aprobar la base de activos que estén en operación, la cual debe ser reportada por cada transmisor nacional, solo podía modificar el ingreso anual de estos en los casos citados en el artículo 7 de la Resolución CREG 011 de 2009.

Precisó que, específicamente en el caso de ISA S.A. E.S.P., esta presentó la base de activos para su aprobación, dentro de la cual se encontraba la subestación Betania y la CREG únicamente podía excluir la misma cuando la autoridad competente determinara que dicho activo limitaba la operación del sistema de transmisión nacional, situación que no se presenta con dicha infraestructura y, por lo tanto, debería remunerar de conformidad con la normatividad vigente.

Señaló que, sin embargo, la CREG excluyó la subestación de Betania sin contar con la determinación de si esta limitaba o no la operación del sistema, con lo cual extralimitó sus funciones legales y reglamentarias, puesto que no puede desconocer de forma autónoma y unilateral el derecho de ISA S.A. E.S.P. a la remuneración que tienen los transmisores nacionales sobre los activos.





Sostuvo que la remuneración de la subestación Betania hace parte del ingreso anual de ISA S.A. E.S.P., el cual fue modificado por la CREG de manera discrecional con violación al artículo 7 de la Resolución CREG 011 de 2009, al desconocer que la exclusión de la subestación llevaría consigo la modificación del ingreso anual de un transmisor, operación que solo puede realizarse en los casos previstos en la resolución mencionada.

Alegó que la exclusión de la subestación Betania de la base de activos de ISA S.A. E.S.P. constituye un enriquecimiento sin causa, lo que llevó consigo el correlativo detrimento patrimonial por parte de esta, en la medida en que los usuarios del sistema de transmisión pagaron una tarifa por hacer uso de los activos que hacen parte del sistema de interconectado nacional, del cual hace parte Betania y, además, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., en su calidad de transmisor nacional, ha sido responsable de la operación de dicho activo, con lo cual ha incurrido en gastos de mantenimiento.

Indicó que la CREG, en la Resolución 078, precisó que el activo había sido excluido de la base de activos en tanto que solo podía incrementar su participación en el sistema de transmisión nacional cuando resultara beneficiaria de las convocatorias reguladas por esta, consideración que, además de ser ilegal y desacertada, no justifica la exclusión de la subestación de los activos que ISA S.A. E.S.P. presentó al Liquidador y Administrador de Cuentas.

Explicó que esto es así porque, aunque en el hipotético caso de que ISA S.A. E.S.P. haya adquirido el citado activo contrariando las prohibiciones establecidas en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 y sus actos administrativos modificatorios, dicha violación no facultaba a la Comisión para descartar la inclusión de Betania de la base de activos de ISA S.A. E.S.P., en tanto que en ninguna disposición legal está prevista dicha consecuencia. Por el contrario, la exclusión de activos según la normatividad de la CREG, solo puede ser consecuencia de que un activo operado por un transmisor nacional limite el funcionamiento del sistema nacional de transmisión, lo cual no se presenta en el caso en estudio.





Sostuvo que, igualmente, las consecuencias de una posible incursión por parte de ISA S.A. E.S.P. en una conducta constitutiva de abuso de posición dominante, únicamente podría ser sancionada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con base en las competencias establecidas en las Leyes 142 y 143 de 1994.

Precisó que, en consecuencia, en caso de una supuesta transgresión de lo dispuesto en el artículo 10, literal b), de la Resolución 022 de 2001, la CREG no tiene competencia para tomar algún tipo de medida de control, vigilancia o sanción, puesto que sus funciones son regulatorias y, por lo tanto, no era competencia de dicha entidad excluir dicho bien de la base de activos declarada por esta.

Concluyó que la actuación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas debió ceñirse a lo dispuesto en la Resolución 11 de 2009 que solo la faculta para excluir los activos reportados por los transmisores nacionales que limiten la operación del sistema, previa determinación de la autoridad competente y no iniciar las medidas correctivas frente a las conductas que constituyeran una violación a las reglas establecidas en la Resolución 022 de 2001, puesto que esta función está en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o del Ministerio de Minas y Energía.

### **3.3. Violación del artículo 29 de la Constitución Política y de la Resolución 022 de 2001, modificada por las Resoluciones CREG 006 y 008 de 2006, al excluir la subestación Betania de la base de activos de ISA S.A. E.S.P. sin existir prueba del incremento en la participación de esta en el sistema nacional de transmisión**

Aclaró que al no existir prueba en el procedimiento administrativo del supuesto aumento en la participación de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. en el sistema de transmisión nacional, no era posible excluir la subestación Betania de la base de los activos que ISA S.A. E.S.P. presentó al Liquidador y Administrador de Cuentas.

Alegó que la CREG en la Resolución 106 de 2010 no estableció



porque consideraba que la adquisición de la subestación Betania constituía un aumento en la participación en el sistema de transmisión nacional, ya que no existe una metodología previamente establecida para determinar dicha situación.

Explicó que la CREG intenta suplir el vacío normativo en la Resolución 078 de 2011, con el argumento de que dicha metodología es innecesaria porque mediante la Resolución 022 de 2011 la prohibición de aumentar la participación en el sistema de transmisión nacional era imperativa, respuesta que implica afirmar, por sí sola, que la adquisición de la subestación Betania por parte de ISA S.A. E.S.P. aumentó su participación en el sistema de transmisión nacional, sin que esto esté demostrado.

Aseguró, además, que la CREG, en la Resolución mediante la cual resolvió el recurso de reposición, consideró que la metodología exigida no era necesaria porque las formas en que el transmisor aumenta su participación en el sistema están plenamente establecidas en la norma, pero se abstiene de hacer alguna referencia a las disposiciones mencionadas, lo que deja ver la falsedad del argumento.

Indicó que la CREG precisó que el aumento en la participación de ISA S.A. E.S.P. en el sistema de transmisión nacional estaba demostrado desde el momento en que se presentó la subestación Betania ante el Liquidador y Administrador de Cuentas, pero esto no es así, puesto que la única forma de demostrar el aumento en la participación es mediante parámetros técnicos y objetivos que den plena certeza de que un bien en particular representó un incremento en la actividad de transmisión de energía de un transmisor nacional.

Concluyó que, no era válida la aplicación dada por la CREG del literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, toda vez que, en el supuesto de que exista una prohibición en el sentido de que ISA S.A. E.S.P. solo puede incrementar su participación en la actividad de transmisión en el sistema de transmisión nacional como resultado de las convocatorias realizadas en el sector, este aumento debe ser medido mediante parámetros objetivos y técnicos que demuestren que el nuevo activo constituye *a priori* un aumento



en la participación de ISA S.A. E.S.P. en la actividad de transmisión.

### **3.4. Vicio de falsa motivación, insuficiente motivación y ausencia de motivación**

#### **3.4.1. Falsa motivación de la Resolución CREG 106 de 2010**

Argumentó que la CREG, al decidir excluir la subestación Betania de los activos de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. no realizó una explicación, siquiera sumaria, de los motivos que la llevaron a tomar dicha determinación y aun así procedió a modificar los ingresos anuales de ISA y generó una afectación en sus derechos.

Precisó que la CREG se limitó a transcribir el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, sin realizar ninguna consideración respecto de por qué afirmaba que ISA S.A. E.S.P. estaba inmersa en la prohibición allí consagrada, ni precisó con base en qué norma estaba facultada para impedir la remuneración de activos que se encontraba en operación en el sistema de transmisión nacional.

Advirtió que la parte resolutive de la Resolución 106 de 2010 no hace una exclusión expresa del activo postulado por ISA S.A. E.S.P. y representado por la subestación Betania y al no existir una decisión expresa en el citado acto que demuestre la voluntad de la administración, la exclusión se produce de manera tácita, cuando se compara la lista de activos postulados por esta con los relacionados en el anexo del acto administrativo demandado que contiene la base de activos.

Aclaró que no se indicó en qué forma se aumentó la participación de ISA S.A. E.S.P. en el sistema de transmisión nacional, ni mucho menos con base en qué metodología calculó dicho aumento o con qué parámetros llegó a esta conclusión.

Agregó que para que la entidad administrativa niegue el derecho al reconocimiento de activo por considerar que su adquisición tuvo como consecuencia el aumento de su participación en el sistema de transmisión nacional debía, no solamente exponer una motivación adecuada, razonable y suficiente, sino que para que la misma



tuviera validez, debió emplear un parámetro objetivo que le permitiera comparar un estado inicial y uno final, para corroborar que efectivamente la prohibición de aumentar la participación en la actividad de transmisión ha resultado infringida con la compra del activo que debe ser excluido de la base correspondiente.

### **3.4.2. Nulidad de las Resoluciones 106 de 2010 y 078 de 2011 por violación del literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, modificada por las Resoluciones CREG 085 de 2002, 001 de 2006 y 008 de 2006, por indebida interpretación**

Realizó un recuento de las normas de regulación proferidas por la CREG para concluir que no se precisó una metodología, parámetro o límite en la participación en la actividad de transmisión de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y la usencia de esta impide que se tenga un criterio regulador objetivo que permita establecer cuándo y en qué condiciones se puede predicar un aumento en la participación del sistema de transmisión nacional.

Explicó que esto es relevante porque existe la posibilidad de que la participación en el mercado varíe como consecuencia de elementos exógenos, tales como la salida permanente de un activo de transmisión de otro agente, la modificación de los parámetros de la entidad reguladora, etc.

Precisó que, al no existir la metodología clara para determinar el aumento en la actividad de transmisión, esto impide que se desconozca un activo como base para la determinación de la remuneración que le corresponde a ISA S.A. E.S.P.

Aclaró que no todo aumento en la actividad de participación puede ser objeto de sanción, por lo que demostrar que el aumento se debió a la adquisición de la subestación Betania era fundamental para sustentar la decisión adoptada.

Indicó que la CREG ha sido clara en indicar que el aumento en la participación societaria en empresas existentes o futuras y la adquisición de activos de propiedad de sujetos que hayan sido elegidos en las convocatorias están prohibidas, siempre y cuando



causen crecimiento en la participación en el sistema de transmisión nacional.

Sostuvo que, en el caso en estudio, se sanciona la adquisición de la subestación Betania por cuanto era propiedad de un sujeto que fue elegido en las convocatorias realizadas por la CREG.

Aclaró que la interpretación de dicha prohibición se encuentra fijada en el Concepto MME-CREG 0649 de 1999, mediante el cual se ratificó y aclaró el sentido e interpretación de la prohibición, esto es, adquisición de activos de otras empresas de transmisión nacional que resultaren beneficiarias de los procesos de selección a los que hace referencia la Resolución 004 de 1999.

Precisó que, en consecuencia, en el momento en que Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. compró la subestación Betania, orientó su comportamiento con base en las actuaciones previas del propio ente regulador, circunstancia que hace insostenible la consideración expuesta por la CREG en los actos demandados al afirmar que ISA S.A. E.S.P. cuenta con una prohibición general para adquirir activos del sistema de transmisión nacional.

Indicó que, por otro lado, la CREG había permitido que ISA S.A. E.S.P. aumentara su participación en la actividad de transmisión por mecanismos distintos a la convocatoria, como ejemplo citó la compra de activos de transmisión a la CHEC, en el año 1999, la construcción de la variante de Línea Guatapé a la línea San Carlos – Ancón Sur 230 kv, en el año 2001, la construcción de la Interconexión Internacional Colombia – Ecuador 230 kv, en el año 2003 y los activos que pasaron de ser clasificados como activos de conexión a activos de uso del sistema de transmisión nacional, en el 2009.

Concluyó, entonces, que la correcta interpretación de la norma no es la que se establece en la Resolución 078 de 2011, pues no existe una prohibición absoluta de aumentar la participación en la actividad de transmisión porque esa no fue la intención de la Comisión de Regulación de Energía y Gas al momento de emitir la prohibición de origen, ni tampoco corresponde a la aplicación que la



CREG le ha dado a lo largo del tiempo.

Señaló que es imposible establecer una prohibición por vía de interpretación y, en consecuencia, la interpretación del literal b) del artículo 10 de la Resolución 008 de 2006 es que la sanción recae en la compra de aumento en la participación por efecto de la selección, lo que no es igual a prohibir cualquier aumento por causas no prohibidas.

### **3.5. Violación de los principios de la buena fe y la confianza legítima**

Afirmó que la CREG desconoció el concepto MME-CREG 0649 de 1999, con el cual ISA S.A. E.S.P. ha aumentado su participación en el sistema de transmisión nacional, sin necesidad de participar en los procesos de selección del sector, esto como fruto de la interpretación que se le ha dado al literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, con lo cual se transgrede la buena fe con la que actuó Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. al adquirir la subestación Betania.

Explicó que, además, las diferentes actuaciones avaladas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas generaron en la sociedad un grado de confianza legítima sobre la adquisición de Betania, la cual contradicha con la expedición de los actos demandados.

Aclaró que cuando adquirió Betania lo hizo fundada en lo dispuesto en el artículo 169 de la Ley 142 de 1994, en la norma reguladora y en el concepto MME-CREG 0649 de 1999, por lo que cualquier decisión contraria a las disposiciones regulatorias fueron inducidas por la misma administración.

Adujo que la CREG, con posterioridad al negocio jurídico, cambió su postura y decidió que la interpretación anterior era errada, pero la actuación adelantada estaba amparada por la interpretación imperante al momento de la compra de la subestación Betania, por lo que la entidad reguladora, en desconocimiento de sus propias actuaciones, no reconozca el bien como base de los activos de ISA





S.A. E.S.P.

### **3.6. Violación del principio *non bis in idem***

Precisó que la decisión adoptada en los actos administrativos demandados violó el principio de *non bis in idem*, toda vez que ya la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se pronunció sobre la adquisición de la subestación eléctrica de Betania, mediante las Resoluciones SSPD-20102400012065 del 16 de abril de 2010 y SSPD-20102400048548 del 13 de diciembre del mismo año, en las cuales le impone a ISA S.A. E.S.P. una sanción de multa por la supuesta violación de la prohibición regulatoria, actos administrativos que se encuentran demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Explicó que en ambos procedimientos administrativos se impuso una sanción por la supuesta violación al literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, modificada por las Resoluciones 001 y 008 de 2006, con base en los mismos hechos y en idénticas circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Concluyó que, al ser esto así, no podía la CREG sancionar a Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. con la exclusión de la subestación de Betania como base de los activos de la sociedad porque de esa forma se configuraba un doble juzgamiento, lo que es violatorio del ordenamiento constitucional.

### **3.6. Excepción de inconstitucionalidad en la aplicación de la Resolución CREG 022 de 2001, modificada por las Resoluciones CREG 085 de 2002, 001 de 2006 y el artículo 8 de la Resolución CREG 008 de 2006**

Señaló que, en el caso hipotético en el que se aceptara que el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 señala que solo es posible amentar la participación en el sistema de transmisión nacional cuando sea elegida beneficiaria de los procesos de selección contemplados en la misma norma, debe procederse a aplicar la excepción de inconstitucionalidad puesto que constituye una limitación a la libertad de empresa garantizada



en la Constitución, prohibición que no se encuentra amparada por una norma proferida por el legislador.

Explicó que la función del ente regulador es la de reglamentar las condiciones en que el mercado se desarrolla, pero los límites a las garantías constitucionales deben ser impuestas por el legislador, pues es la ley la que determina las directrices para la promoción de la competencia, la intervención económica y los límites a la libertad económica, de empresa y a la iniciativa privada.

Adujo que esto es así porque la norma aplicada no fue proferida con el fin de determinar la política general de administración del mercado de los servicios públicos domiciliarios, sino que es una restricción específica de unos derechos constitucionales consagrados en cabeza de ISA S.A. E.S.P.

Evidenció que la actividad de regulación no puede expandirse sobre sujetos que no tienen la condición de agentes para ser afectados por sus disposiciones, la adquisición de activos es legítima en tanto el enajenante no tiene la condición jurídica para ser elegido en un proceso de selección a los que se refiere la CREG.

Explicó que, lo anterior, es claro en el caso de PESA, pues esta no cumple con las condiciones para ser elegido en los procesos de selección, establecidas en el literal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001.

Aclaró que la CREG no puede intervenir en la esfera de la libre disposición económica de que gozan los sujetos no sometidos a la actividad regulada por esta, ni puede tener como objetivo regular mercados ajenos, como lo es el mercado de disposición de activos radicados en los patrimonios de sujetos que no han sido seleccionados ni con las condiciones jurídicas para ello.

Sostuvo que la función de la Comisión de Regulación de Energía y Gas es promover la competencia, pero esta no se promueve con normas que restringen la iniciativa privada.

Concluyó que, por lo expuesto, la interpretación del literal b) del



artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, viola los artículos 6, 13, 121, 333, 334 y 370 de la Constitución Política, al actuar sin competencia, al tratar de manera desigual a ISA S.A. E.S.P., al restringir la propiedad privada y la libertad de empresa.

#### **4. Contestaciones de la demanda**

##### **Comisión de Regulación de Energía y Gas**

A través de apoderado, la Comisión de Regulación de Energía y Gas contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo la siguiente excepción<sup>2</sup>:

##### **Inepta demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva**

Explicó que con la simple lectura de la demanda se puede concluir que la CREG no tiene legitimación en la causa por pasiva por cuanto formula su pretensión contra una entidad que carece de personería jurídica, puesto que la Comisión de Regulación de Energía y Gas es una Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía, creada mediante el artículo 10 del Decreto 2119 de 1992.

Aclaró que lo anterior configura la excepción de inepta demanda.

En relación con cada uno de los cargos de la demanda manifestó:

##### **4.1. Vicio de ilegalidad**

Mencionó que no es cierto que los actos administrativos demandados sean ilegales por no haberse demostrado que con la adquisición de la subestación Betania ISA S.A. E.S.P. incrementó su participación en la actividad de transmisión y, no lo es tampoco, que los límites impuestos por la regulación de la CREG que le impiden aumentar su participación sean contrarios al ordenamiento superior.

---

<sup>2</sup> Folios 274 a 307 del cuaderno 1.



Adujo que en los actos administrativos sí aparecen con la debida suficiencia las razones por las cuales está demostrado que la adquisición de la subestación por parte de ISA S.A. E.S.P. sí aumentó su participación en la actividad de transmisión.

Aclaró que ISA S.A. E.S.P. conocía perfectamente las razones por las cuales la CREG en los actos administrativos demandados no aprobó la inclusión de la subestación Betania en la base de activos cuyo uso se le debe remunerar a dicha sociedad.

Explicó que los fundamentos de la decisión se encontraban en el Concepto S-2008-001074 del 1 de abril de 2008, en el que la CREG concluyó que, a partir de la vigencia de la Resolución CREG 022 de 2001, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y las empresas con quien tenga una relación de control, solamente podrán incrementar su participación en la actividad de transmisión cuando sean elegidas beneficiarias en los procesos de selección a los que hace referencia dicho acto administrativo. En ningún caso, podría adquirir activos de transmisión de otras empresas que resulten elegidas en los procesos de selección que se mencionan.

Indicó que el mismo concepto recordó que transmisión es la actividad consistente en el transporte de energía por sistemas de transmisión y la operación, mantenimiento y expansión de sistemas de transmisión, ya sea nacionales o regionales.

Sostuvo que, además, la Resolución 022 de 2001 definió el sistema de transmisión nacional como el sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas, con sus correspondientes módulos de conexión, que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kv y el transmisor es la persona jurídica que opera y transporta energía eléctrica en el sistema de transmisión nacional.

Señaló que, de las definiciones expuestas, era claro que la actividad de transmisión nacional es la que realiza el transmisor y esta incluye la operación y transporte de energía eléctrica en el sistema de transmisión nacional, independientemente de la propiedad de los activos. Por lo tanto, cuando un transmisor



nacional asume la operación de activos de propiedad de terceros está incrementando la participación en la actividad de transmisión, razón por la cual se le deben aplicar los límites establecidos en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001.

Concluyó entonces que, cuando ISA adquiere la propiedad y asume la operación de cualquier activo de transmisión instalado en el sistema nacional de transmisión estaría incrementando su participación en la actividad de transmisión, con lo cual se incumplió la prohibición establecida en la Resolución CRG 022 de 2001.

Sostuvo que el concepto mencionado fue conocido por ISA S.A. E.S.P., tanto que se manifestó ante la CREG, mediante comunicación con radicado E-2008-003924, para explicar por qué estaba en desacuerdo con dicha postura, pero la posición jurídica adoptada fue reiterada mediante la comunicación S-208-001074 del 1 de abril de 2008.

Adujo que estos mismos criterios fueron expuestos por la CREG en el concepto S-2009-005315, dirigido a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dentro de la investigación que adelantó contra ISA S.A. E.S.P. por la adquisición de la subestación Betania.

Indicó que dos años antes de la expedición de los actos demandados, la sociedad demandante conocía las razones por las cuales la Comisión de Regulación de Energía y Gas consideraba que la adquisición de la subestación Betania violaba la prohibición contenida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001.

Concluyó que, como estas fueron las mismas razones que la Comisión reiteró en los actos administrativos demandados y son, lo suficientemente claras, concretas y fundadas en la normatividad general y especial, por lo que carece de sustento el cargo de la demanda basado en la carencia de prueba o fundado en que estos no están debidamente acreditados en el proceso administrativo.



#### **4.2. Desconocimiento normativo por la supuesta ausencia de metodología**

Mencionó que no se requiere una metodología especial para demostrar el aumento en la participación de la transmisión, pues con la simple demostración de los hechos establecidos en la norma se producen las consecuencias jurídicas previstas.

Manifestó que el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 establece que ISA S.A. E.S.P. y sus empresas controladas, solamente podrán incrementar su participación en la actividad de transmisión cuando sean elegidas beneficiarias en los procesos de selección a los que hace referencia ese mismo acto administrativo, por lo tanto, basta establecer en qué consiste la transmisión y la adquisición para determinar el aumento.

Concluyó que, si la transmisión consiste en la operación, mantenimiento y expansión de líneas y los módulos de conexión o subestaciones, no se entiende de qué otra manera se pueda incrementar la participación en el sistema de transmisión, si no es a través de la adquisición y operación de nuevos activos, directa o indirectamente. Por lo tanto, al incrementar la participación en esa actividad, esto es, al adquirir un activo, automáticamente se está incrementando la participación, ya que el transmisor que los adquiere adiciona la operación y el mantenimiento sobre activos que no tenía.

#### **4.3. Ausencia de causalidad**

Alegó que el aumento en la participación que se tiene en la actividad de un mercado no constituye un juicio de responsabilidad, se trata simplemente de verificar el cumplimiento de las normas que tienen que ver con la estructura y diseño del mercado, con el fin de proteger la libre competencia.

Indicó que, en consecuencia, la afectación del mercado se deduce del incumplimiento de las reglas establecidas y, en ausencia de normas, el control de las conductas contrarias a la libre competencia debe realizarse con base en las consecuencias que





estas producen en el mercado.

Sostuvo que el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 contiene una regla preventiva, esto es, una norma que establece de manera anticipada las conductas que pueden afectar la libre competencia. Por lo tanto, su incumplimiento lleva consigo la afectación del mercado.

#### **4.4. Falta de competencia de la CREG**

Explicó que la CREG no estableció la violación de la prohibición fijada en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, toda vez que esto lo resolvió la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la entidad competente, pero la decisión adoptada por la CREG en los actos administrativos demandados se fundamentó en dicha posición jurídica.

Adujo que, además la Ley 143 de 1994 no impone a la Comisión de Regulación de Energía y Gas el deber de aprobar, dentro de la base de activos remunerables, todos aquellos que le reporten las empresas transportadoras por el solo hecho de existir, pues, debe verificarse el cumplimiento de las normas que rigen la actividad de transmisión.

Indicó que, por el contrario, los artículos 23 y 41 de la Ley 143 de 1994 atribuyen a la CREG la facultad de aprobar la remuneración a que tienen derecho las empresas por el uso de sus redes. Esta competencia comprende la definición de cuáles activos no pueden ser objeto de remuneración por no acatar las normas que regulan la actividad que con ellos se realiza.

Señaló que el artículo 5 de la Resolución 011 de 2009 prevé que la Comisión podrá modificar la base de activos reportada por la empresa cuando se determine que alguno de ellos limita o afecta la operación del sistema, pero no es la única razón, puesto que la norma no limita la competencia a ese aspecto.

Precisó que el mismo análisis debe hacerse del artículo 7 de la misma resolución, en el cual se faculta a la CREG para modificar el



ingreso aprobado, mas no el activo que está sometido a aprobación.

Sostuvo que, en relación con el enriquecimiento sin causa a favor del Estado, este no se presenta en el caso en estudio, puesto que la remuneración que aprueba la CREG a las empresas prestadoras del servicio público no lo paga el estado, sino los usuarios a través de las tarifas.

#### **4.5. Violación al debido proceso**

Alegó que ISA adquirió la subestación Betania por medios distintos de los procesos de selección previstos en la Resolución 022 de 2001 y que dicho negocio jurídico se realizó en el 2007, esto es, 6 años después de la vigencia de esa resolución y que ese bien reúne las características regulatorias de activo de uso del sistema de transmisión nacional.

Mencionó que, como ya se indicó, el incremento de la participación en el sistema de transmisión nacional estaba demostrado y, en consecuencia, no es de recibo el argumento expuesto por el demandante al afirmar que se vulneró su derecho al debido proceso por falta de prueba que demostrara la ocurrencia de todos los elementos de la norma contenida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001.

#### **4.6. Falsa motivación**

Reiteró que los actos administrativos demandados sí están debidamente motivados.

Explicó que el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, que expresamente indicó que ISA solo podía incrementar su participación en la actividad de transmisión cuando sea elegida beneficiaria en los procesos de selección a los que se refiere ese acto administrativo, no intentaba prohibir su participación en el sistema de transmisión nacional, sino que pretendía regular la forma en que podía hacerlo para así proteger la libre competencia.



Precisó que las normas regulatorias sobre la forma en que ISA S.A. E.S.P. participa en el sistema de transmisión nacional, sino en la forma en que puede incrementar su participación.

Aclaró que la postura jurídica adoptada en el concepto MME-CREG 0649 de 1999 fue revaluada posteriormente con el concepto 2006-002451 y, luego, se quedó sin piso en atención a unos pronunciamientos del Consejo de Estado.

Por lo tanto, carece de sustento la interpretación del demandante en relación con la falsa motivación, puesto que en los casos citados de apoyo no se decidieron asuntos con supuestos fácticos similares al caso propuesto y, en consecuencia, no podría aplicar las reglas particulares y concretas a todos los casos por analogía, para así extraer reglas generales.

#### **4.7. Violación del principio de buena fe**

Aclaró que la comunicación MME-CREG 0649 de 1999, además de no ser un acto administrativo sino un concepto, no versa sobre la adquisición de la subestación Betania, sino sobre otros activos pertenecientes a CHEC S.A. E.S.P.

Explicó que, además, desde el 4 de octubre de 2006, antes de la adquisición de ese activo, la CREG revaluó la posición jurídica adoptada en ese concepto, entre otras razones, por cuanto la pregunta formulada por ISA fue sesgada e indujo en error a la entidad.

Señaló que las Resoluciones 147 de 2001 y 012 de 2002, se adoptaron unas excepciones a lo dispuesto en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, que aplicaron exclusivamente para la variante entre la subestación Guatapé y la línea San Carlos - Ancón Sur, lo cual no puede convertirse en la regla general.

Concluyó que tampoco es posible sostener que existe una violación al principio de la confianza legítima respecto de la Resolución 011 de 2009, respecto de la adquisición de la



subestación Betania, dado que esta se produjo dos años antes, cuando la norma aún no se había expedido.

Aclaró que desde la adquisición de la subestación por parte de ISA S.A. E.S.P. este activo era considerado como de uso, razón por la cual no era posible la conversión de activo de conexión a activo de uso de la que trata el artículo 3 de la Resolución 011 de 2009.

#### **4.8. Violación al principio non bis in ídem**

Precisó que, con los actos demandados, la CREG no concluyó un nuevo juicio adelantado para sancionar a ISA S.A. E.S.P. por violación al literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, lo que en este caso ocurrió fue que la CREG, consideró que como el activo fue adquirido de manera contraria a las normas que rigen la actividad de transmisión, como así lo había decidido la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no era posible aprobar la inclusión de la subestación Betania en la base de los activos para efectos de la remuneración, porque no es posible reconocer el ejercicio de actividades económicas de manera contraria al ordenamiento.

#### **4.9. Excepción de inconstitucionalidad**

Aclaró que, la parte demandante no formuló una excepción de inconstitucionalidad para que se inaplicara el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, sino múltiples cargos de inconstitucionalidad contra el mismo acto, lo cual no es el objeto del proceso de la referencia.

Sostuvo que como la excepción no se fundamenta en la violación abierta y evidente de las normas constitucionales, el cargo propuesto no puede estar llamado a prosperar.

Sostuvo que la CREG tiene la facultad de regular el ejercicio de las actividades del sector 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 los abusos de



posición dominante.

Citó lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 142 de 1994, mediante el cual el legislador le otorgó a la CREG la competencia para adoptar normas y reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado, en razón a que empresas como ISA S.A. E.S.P. son propietarias y operan más del 75% de los activos del sistema interconectado nacional, situación que amerita un trato especial.

Concluyó que, lo dispuesto en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, fue expedida en desarrollo de las normas constitucionales y legales que facultan a la CREG para expedir normas de carácter general o particular para promover la competencia, crear y preservar las condiciones que la hagan posible y adoptar medidas para prevenir o controlar el abuso de la posición dominante.

## 5. Sentencia de primera instancia

La Subsección C en descongestión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de sentencia del 18 de septiembre de 2014, resolvió lo siguiente<sup>3</sup>:

***“PRIMERO.- DECLÁRASE no probada la excepción de “ineptitud sustantiva de la demanda, por falta de legitimación en la parte por pasiva” propuesta, en esos términos, por la Nación - Ministerio de Minas y Energía - Comisión de regulación de Energía y Gas, según los considerandos de este proveído.***

***SEGUNDO.- DENIÉGUENSE (sic) las pretensiones de la demanda promovida por Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., de conformidad con la parte motiva de esta providencia. (...)”***

Las razones que tuvo en cuenta el *a quo* para proceder en el sentido indicado se resumen a continuación:

---

<sup>3</sup> Folios 657 a 705 del cuaderno 2.



## 5.1. Excepción

Indicó que la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible interpuso la excepción de inepta demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva porque esta entidad no tiene personería jurídica.

Explicó que, en el proceso contencioso administrativo, cuando se demanda a una entidad del orden nacional que no cuenta con personería, lo que realmente sucede es que la acción es en contra de la Nación y comparece al proceso, en su representación, la persona de mayor jerarquía en el órgano que profirió el acto, como lo indica el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo.

Sostuvo que, las autoridades mencionadas por la norma acuden al proceso en representación de las entidades que dirigen, sin embargo, en estricto sentido procesal, todos asisten al proceso a representar a la persona jurídica a la que pertenece el respectivo órgano, esto es, la Nación, que es quien tiene capacidad para ser parte y comparecer al proceso, y lo hace, a través de sus representantes, que para el caso en concreto es el director ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, quien según el artículo 3 del Decreto 1894 de 1999, era el funcionario de mayor jerarquía de la entidad y a quien se le notificó la demanda<sup>4</sup>.

Por lo tanto, declaró no probada la excepción propuesta.

## 5.2. Cargos de la demanda

La sentencia apelada determinó que los cargos propuestos podrían agruparse en los siguientes:

### **5.2.1. La CREG excluyó la subestación Betania de la base de activos de la sociedad demandante, inadecuadamente, con violación del debido proceso e incurriendo en el vicio de falta de motivación, sin precisar la metodología o el porcentaje de**

---

<sup>4</sup> Como se puede verificar en el auto admisorio de la demanda del 19 de enero de 2012, visible en los folios 261 a 262 del cuaderno 1 del expediente y en la notificación del auto admisorio de la demanda del 14 de marzo de 2012, visible en el folio 266 del cuaderno 1.





**incremento de participación de ISA en la actividad de transmisión, sin precisar la metodología o el porcentaje de incremento de participación de la libelista en la actividad de transmisión, aumento que, según el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, constituía el único motivo por el que válidamente se podía descartar la remuneración para dicha infraestructura**

Citó las normas aplicables a la actividad reguladora, a la remuneración para activos de transmisión y a la forma de ampliar la cobertura del sistema a través de la selección de propuestas de los actores del mercado para aumentar la capacidad del sistema, para luego concluir que el regulador dispuso dos prohibiciones expresas y una autorización para el aumento en la actividad de transmisión, para concluir que ISA S.A. E.S.P. solo podría acrecentar su participación cuando ella o las sociedades sobre las cuales ejerza control sean elegidas beneficiarias en los procesos de selección, con lo que queda excluida cualquier otra posibilidad.

Precisó que, una vez probada la adquisición de la subestación Betania por parte de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., se debía verificar si con ella se incrementó la actividad de transmisión o no, lo cual, para la Sala resultaba lógico, pues la actividad consiste en el transporte de energía por sistemas de transmisión y la operación, mantenimiento y expansión de sistemas de transmisión, nacionales o extranjeras, por lo que cualquier empresa que tenga como fin el transporte de energía aumenta su participación en la actividad de transmisión cuando adquiere un bien cuyo objeto es la de transmitir energía.

Sostuvo que, en consecuencia, no era necesaria la pretendida metodología para calcular el porcentaje o la cantidad en ampliación.

Señaló que la CREG, en las consideraciones de la Resolución 078 de 2011, demandada, explicó que en relación con la falta de metodología para determinar de manera objetiva si existió o no aumento en la actividad de transmisión, esta no es necesaria porque existe una norma que expresamente establece como puede ISA aumentar su participación en la actividad de transmisión, esto es,



cuando sea elegida beneficiaria en las convocatorias especializadas o adquiriera activos de transmisión de otras empresas que resulten elegidas en los procesos de selección, lo que en el caso en estudio no ocurrió.

Concluyó que compartía estas apreciaciones y no consideraba que existiera violación al debido proceso, una argumentación inadecuada o falta de motivación en los actos censurados.

**5.2.2. La CREG no podía modificar la base de activos por causales diferentes a las previstas en el artículo 7 de la Resolución CREG 011 de 2009, así pues, al descartar la subestación obtuvo un enriquecimiento sin justa causa, dado que ISA S.A. E.S.P. incurrió en gastos para mantenerla en funcionamiento, sin percibir la remuneración de ello**

Expuso que de la simple lectura del artículo 7 de la Resolución CREG 011 de 2009, se advierte que precisamente una de las causales previstas para variar el ingreso anual de ISA S.A. E.S.P., es la exclusión de activos, por lo que carece de fundamento la inconformidad de la actora, toda vez que su ingreso se vio afectado por una exclusión de la subestación por transgredir, al momento de adquirirla, el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, con lo cual no se generó un enriquecimiento sin justa causa a favor del Estado, porque la afectación del patrimonio de la sociedad demandante sí tuvo origen en una razón legal.

Concluyó que este cargo no estaba llamado a prosperar.

**5.2.3. La CREG usurpó las facultades de vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al imponer correctivos por transgresiones a la normatividad, con violación de la prohibición de endilgar responsabilidad objetiva al omitir la afectación del mercado y el bien jurídicamente tutelado con la norma presuntamente transgredida y violación del principio *non bis in idem***

Una vez revisados los actos acusados, consideró que la CREG no actuó en uso de sus facultades sancionatorias, sino en cumplimiento



de los artículos 23, literales c) y d) y 41 de la Ley 143 de 1992, esto es, en ejercicio de las competencias en relación con la definición de la metodología para el cálculo de tarifas para el acceso y uso de las redes eléctricas y para hacer efectivo el pago.

Explicó que, de la lectura de las normas mencionadas, no es posible concluir que fijar la remuneración de la sociedad demandante por los activos que posee constituye una actuación propia del derecho sancionatorio, por tanto, la inconformidad de ISA S.A. E.S.P. se fundamentó en una indebida percepción de lo sucedido.

Indicó que tampoco era posible sostener que se le aplicó un régimen de responsabilidad objetiva porque el ente regulador aplicó la consecuencia jurídica establecida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, asunto para el que no requiere acreditar la afectación del mercado, puesto que esta carga no fue impuesta por el legislador.

Sostuvo que el artículo 7 de la Resolución 011 de 2009 dispuso que para la exclusión de activos deberá cumplirse la regulación vigente, que no era otra que el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, que le prohibía a la demandante aumentar su participación en la actividad de transmisión cuando no fuere producto de una convocatoria para ampliación del STN, normativa que fue empleada por la accionada para excluir de remuneración la subestación.

Concluyó que la CREG no usurpó las competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad facultada para ejercer las funciones de policía administrativa frente a ISA S.A. E.S.P.

En relación con la presunta vulneración del principio *non bis in idem*, precisó que, si bien en el caso en estudio la decisión adoptada por la CREG no se tomó en ejercicio de funciones de vigilancia y control, era importante aclarar que los pronunciamientos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas se complementan, pues una vez determinado el incumplimiento de las normas en la adquisición de la subestación Betania, la SSPD le impuso una



sanción pecuniaria y la CREG excluyó dicho activo de la base para la remuneración de esta infraestructura.

Reiteró que se trata de consecuencias jurídicas distintas, una de carácter sancionatorio y otra que no, por lo que el principio invocado no fue vulnerado.

**5.2.4. Violación al principio de la confianza legítima porque la CREG, en otras oportunidades, había aceptado el aumento en la participación de la actividad de transmisión por causales distintas a las del mencionado literal b), como son las Resoluciones 147 de 2001, 012 de 2002, 004 de 2003 y 011 de 2009 y a los Conceptos MME-CREG-0649 del 23 de abril de 1999, S-2008-001074 de 2008 y S-2009-005315 de 2009**

Después de revisar las resoluciones referenciadas, explicó que la ampliación de las circunstancias reguladas en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001 por circunstancias fácticas diferentes a las que dieron origen a los actos administrativos demandados y, en algunos de los casos ni siquiera existió identidad jurídica, pues no se trataban de adquirir activos de transmisión sin atender la prohibición que le es aplicable, lo cual no es asimilable a los hechos objeto del presente pronunciamiento.

Aclaró que, frente al Concepto MME-CREG-0649 del 23 de abril de 1999, este contestaba una consulta elevada por ISA S.A. E.S.P. en relación con que si dicha sociedad podía adquirir activos de transmisión de las empresas verticalmente integradas.

Analizó que, primero, este fue proferido en ejercicio del artículo 25 del CCA, por lo que su contenido no era obligatorio y, segundo, se sustentaba en el artículo 10 de la Resolución 004 de 1999.

Precisó que en relación con las comunicaciones S-2008-001074 de 2008 y S-2009-005315 de 2009, efectivamente se presentó un cambio de postura en relación con la aplicación del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, pero esta es la reiteración de lo considerado en el concepto S-2006-002451 de 2006, es decir, desde antes de que ISA S.A. E.S.P. adquiriera la subestación



Betania el 7 de febrero de 2008.

Concluyó que el cargo no tenía vocación de prosperidad.

#### **5.2.5. Excepción de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, por violación directa a las disposiciones 6, 13, 121, 333, 334 y 370 de la Constitución Política**

Señaló que para que prospere dicha excepción la violación a las normas constitucionales debe ser palmaria, aspecto que no se presenta en el caso en estudio, toda vez que la regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales.

Aclaró que los fines de la regulación son asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnicos y operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.

Adujo que la CREG, al imponer limitaciones para la adquisición de activos lo que hace es ejercer sus potestades regulatorias, actuaciones que no se advierten, de contera, un exceso, puesto que no prohibió de manera tajante la posibilidad de adquirir infraestructura, sino que lo redujo a unas condiciones para haber viable el mercado y evitar la concentración excesiva de activos en manos de una sola empresa.

### **6. Apelación**

La sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., inconforme con la decisión adoptada por la Subsección C de Descongestión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual sustentó con base en los siguientes argumentos<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> Folios 707 a 772 cuaderno 1.



### **6.1. Normas que sustentan el actuar de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.**

Explicó que las Leyes 142 y 143 de 1994, específicamente, en los artículo 169 y 28, permitieron que los propietarios de líneas, subestaciones y equipos señalados como elementos de la red nacional de interconexión puedan utilizarlos o puedan enajenarlos, caso en el cual adoptarían mecanismos de venta que permitan transferir estos bienes a la Empresa Nacional de Interconexión.

Indicó que esta norma permite la adquisición de activos no construidos por convocatoria, de construcción previa a la vigencia de la Ley 142, y fija un límite legal al regulador que le impide vedar las adquisiciones que la ley le autoriza.

Señaló que es ilegal que una norma regulatoria le prohíba adquirir esos activos cuando la ley autorizó su venta, pues el acto administrativo regulatorio, norma de inferior jerarquía, estaría derogando lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

Indicó que su motivo de inconformidad con la sentencia de primera instancia radicaba en el argumento de que el impedimento en el crecimiento en la participación en la actividad de transmisión por adquisición de activos se refiere exclusivamente a los construidos a través de convocatorias, porque ISA, por ministerio de la ley, puede adquirir bienes construidos preexistentes a la Ley 142 de 1994.

### **6.2. Características del negocio jurídico realizado**

Sostuvo que la subestación Betania es un activo eléctrico perteneciente al sistema de transmisión nacional construido antes de la expedición de la Ley 142 de 1994 y, por tanto, es anterior a las convocatorias y adjudicaciones para la construcción y operación a través del proceso de selección UPME.

Recordó que la sociedad Activos y Proyectos de Energía S.A. – PESA – no se dedica a la transmisión de energía.

Precisó que solo los nuevos proyectos, esto es, los posteriores a la





Ley 142 de 1994 se adjudican mediante la convocatoria UPME y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 143 de 1994, este era un bien adquirible por ISA.

Aclaró que entender el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001 de otra forma, llevaría consigo violar las disposiciones contenidas en los artículos 169 y 28 de las Leyes 142 y 143 de 1994, respectivamente, esto porque la norma regulatoria prohíbe es la adquisición de bienes de las empresas que resulten elegidas en los procesos de selección, es decir, diferenciándolos de los bienes de aquellas sociedades que no fueron elegidas en procesos de selección y que están en el derecho de vender libremente sus activos.

Manifestó que PESA no es una empresa de servicios públicos y por ende no puede participar en los procesos de selección, tal como está probado en el expediente.

Concluyó que la sentencia impugnada debe ser revocada porque desconoce la ley y amplía de manera ilegal una disposición regulatoria.

### **6.3. Entendimiento de la disposición contenida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, modificado por las Resoluciones CREG 001 y 008 de 2006**

Explicó que el artículo 10 de la Resolución 022 de 2001 restringe el derecho constitucional a la libre iniciativa que solo puede ser limitada por la ley y, por tanto, la interpretación que se haga de dicha disposición no puede ser extensiva.

Alegó que, sin embargo, en la sentencia apelada el tribunal no tiene en cuenta la distinción entre los bienes construidos antes de la Ley 142 de 1994 y los construidos después y realiza una interpretación en la que la restricción es absoluta, sin que esta esté basada en un análisis de los argumentos de la parte demandante.

Adujo que la interpretación de la norma realizada por el juez de primera instancia descontextualiza la regulación de las normas en



las que se sustenta, esto es, en las Leyes 142 y 143 de 1994.

Precisó que la restricción contenida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001 se contrae a precisar que ISA no puede adquirir activos de otras empresas que resulten elegidas en los procesos de selección, por tanto, no se refiere a todas las empresas, pues esto también iría en contra de las leyes que dirigen las actividades de transmisión eléctrica, esto es, las Leyes 142 y 143 de 1994.

Señaló que el *a quo* no solo realizó una interpretación extensiva de la prohibición contenida en la Resolución 022 de 2001, sino que, además, la misma es ilegal, porque no existe norma que prohíba la venta de activos a ISA y, desproporcionada, toda vez que no hay una razón válida de índole legal que prohíba el derecho de disposición de ISA.

Aclaró que los procesos de selección están dirigidos a activos nuevos, por lo que las convocatorias para dichos procesos se refieren a los bienes de infraestructura que se construirán y no a los construidos, puesto que estos últimos pueden ser adquiridos por ISA con autorización de lo dispuesto en los artículos 169 y 28 de las Leyes 142 y 143 de 1994.

Señaló que la sentencia de primera instancia se equivocó al no distinguir las situaciones específicas de los activos eléctricos, los confunde y les aplica la restricción de compra, con lo que desconoce las disposiciones de las Leyes 142 y 143 de 1994.

Reiteró que la adquisición de activos preexistentes está contemplada en la ley, por lo que las disposiciones regulatorias expedidas por la CREG no pueden prohibir el derecho a la libre disposición.

Explicó que el artículo 10 de la Resolución 022 de 2001 establece 3 condiciones distintas que limitan a ISA el incremento en la participación en la actividad de transmisión:

a) La primera condición de la norma limita la adquisición de activos



nuevos que son los que se pueden construir y operar tras adelantarse un proceso de selección, en el que resulte adjudicatario una empresa de servicios públicos domiciliarios que reúna los requisitos y condiciones establecidos en los proyectos estipulados por la UPME (Unidad de Planeación Minero Energética).

b) La segunda condición de la norma le impide a ISA adquirir participación societaria o accionaria en empresas de transmisión nacional existentes o futuras o incrementando la que tuviere en las mismas.

c) La tercera condición establece la restricción bajo la determinación de una condición jurídica específica del enajenante, que el mismo pudiera participar en los procesos de selección.

Concluyó que los actos administrativos demandados se fundan en una interpretación ilegal, desproporcionada y extensiva a activos que la norma no contempla.

#### **6.4. Violación al principio de la confianza legítima**

Reiteró que en el caso en estudio se presenta una violación al principio de confianza legítima porque el cambio de interpretación que permitía la enajenación de activos de propiedad de sujetos que no podían participar en las convocatorias, tal y como se autorizó al momento de la adquisición de los activos de la CHEC, estaba vigente al momento de la compra de la subestación Betania y el cambio de interpretación se dio con posterioridad al negocio jurídico.

Aclaró que dicha interpretación se consagró en el Concepto CREG 0649 de 1999, el cual fue solicitado por ISA S.A. E.S.P. para la adquisición de los activos de CHEC en el año 1999, activos que fueron adquiridos mediante un esquema semejante al de la subestación Betania y siempre ha sido remunerado.

Explicó que no existió un cambio normativo sustancial que permitiera pensar que el Concepto CREG 0649 de 1999 fuese objeto de un cambio, pues a pesar de que la Resolución CREG 004 de 1999 fue modificada por varios actos administrativos, entre ellos



la Resolución CREG 008 de 2006, en el asunto bajo estudio no se presentó alguna alteración significativa. Es decir, los cambios introducidos a la norma no tocan el tema de la compra de activos ni la participación en la actividad de transmisión.

#### **6.5. La Comisión de Regulación de Energía y Gas no está legitimada para excluir un activo de la base de activos de un transmisor o para usurpar funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**

Señaló que la CREG excluyó inadecuadamente la subestación Betania de la base de activos de ISA S.A. E.S.P., sin que existiera una norma que estableciera tal consecuencia en el actuar de la empresa.

Aclaró que la sentencia de primera instancia debió analizar las normas aplicables para concluir que no existe una disposición que autorice a la Comisión de Regulación de Energía y Gas a retirar un activo de la base de activos de un transmisor, cuando este no afecte la seguridad del sistema.

Precisó que, por el contrario, la subestación Betania le da seguridad al sistema, por lo que, en cumplimiento del artículo 5 de la Resolución CREG 011 de 2009, no podía excluirse de la base de activos de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. sin que existiera una norma que se lo permitiera.

Indicó que la exclusión del activo es una consecuencia negativa a una supuesta infracción regulatoria y, por ende, sí constituye una sanción administrativa a una conducta.

Agregó que, también, la CREG excedió sus funciones al adoptar las decisiones que ahora se cuestionan, puesto que:

a. Para imponer la sanción de excluir la subestación Betania de la base de remuneración debió aplicar una metodología para determinar el incremento en la participación del sistema de transmisión nacional, puesto que el literal b) del artículo 10 de la Resolución 002 de 2001 establece que solamente podrá



incrementar su participación en la actividad de transmisión, lo que implica que no está prohibida la adquisición de activos, puesto que no siempre que se adquiere alguna infraestructura se aumenta la participación en la actividad, puesto que el mercado crece permanentemente y con ello, se diluye la participación de los transmisores.

En consecuencia, no existe una metodología que permita indicar cuál era la participación en el mercado antes y cuál después, para así tipificar la conducta en el supuesto jurídico sancionable.

b. Impuso una sanción por los mismos hechos, puesto que por la adquisición de la subestación Betania la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le impuso una multa y la Comisión de Regulación de Energía y Gas le impidió ejercer su derecho a la remuneración, dos sanciones que se derivan de los mismos supuestos fácticos.

Concluyó que las decisiones adoptadas en los actos administrativos demandados constituyen una doble sanción, lo cual es violatorio de su derecho al debido proceso.

#### **6.6. Procedencia de la excepción de inconstitucionalidad frente al literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001**

Sostuvo que la sentencia de primera instancia despachó desfavorablemente este cargo sin mayor análisis, pues si bien la potestad regulatoria de la CREG le permite adoptar medidas diferenciales, también lo es que dicha diferencia debe respetar los principios constitucionales.

Reiteró que la interpretación de la norma viola la disposición contenida en el artículo 169 de la Ley 142 de 1994 porque restringe derechos constitucionales sin motivación alguna.

#### **7. Actuación procesal en esta instancia**

Por medio de auto del 21 de enero de 2015, la Subsección C de Descongestión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de



Cundinamarca concedió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.<sup>6</sup>.

Mediante auto del 14 de mayo de 2015, la Sección Primera del Consejo de Estado admitió el recurso de apelación interpuesto<sup>7</sup>.

En providencia del 7 de septiembre de 2015, el despacho sustanciador resolvió la solicitud de prueba presentada en el recurso de apelación, la cual fue negada<sup>8</sup>.

Contra esta decisión, la parte demandante interpuso recurso de súplica, el cual confirmó la negativa, mediante auto del 10 de marzo de 2016<sup>9</sup>.

Por medio de auto del 4 de septiembre de 2017 se ordenó correr traslado a las partes y al Procurador Delegado por el término de 10 días para que presenten sus alegatos de conclusión<sup>10</sup>.

## **8. Alegatos de conclusión**

### **8.1. Comisión de Regulación de Energía y Gas**

La CREG alegó de conclusión con base en los siguientes argumentos:

Explicó que el artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 regula a forma en que ISA S.A. E.S.P. y las empresas con las que tenga una relación de control, pueden incrementar sus activos en las actividades de transmisión.

Precisó que la sociedad demandante sí incumplió la prohibición contenida en la norma citada al adquirir la subestación Betania de la sociedad PESA S.A. sin la realización de un proceso de selección.

Aclaró que por estos hechos la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sancionó a la sociedad ISA S.A. E.S.P., pero

---

<sup>6</sup> Folio 774 del cuaderno núm. 1.

<sup>7</sup> Folio 4 del cuaderno principal.

<sup>8</sup> Folios 7 a 15 del cuaderno principal.

<sup>9</sup> Folios 32 a 41 del cuaderno principal.

<sup>10</sup> Folio 43 del cuaderno principal.





que la decisión adoptada por la CREG fue en ejercicio de funciones de regulación y no sancionatorias.

Precisó que los actos demandados fueron debidamente motivados y sustentados en la interpretación de las normas aplicables al caso en estudio.

Reiteró que los cargos propuestos son infundados y, por tanto, deben negarse las pretensiones de la parte demandante ya que no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

Solicitó que se confirmara la sentencia apelada, toda vez que el tribunal de primera instancia realizó un análisis adecuado de los hechos, pretensiones y pruebas allegadas al proceso.

## **8.2. Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P**

La sociedad demandante alegó de conclusión, memorial en el cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación interpuesto.

## **9. Concepto del Ministerio Público**

El procurador no rindió el concepto solicitado.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2014 por la Subsección C de Descongestión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los términos del artículo 129 del CCA, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.



## 2. Problema jurídico

Le corresponde a esta Corporación decidir si confirma, modifica o revoca la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para lo cual estudiará si la decisión de excluir de la base de remuneración de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. por incumplimiento de la prohibición establecida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, está ajustada a derecho.

## 3. Análisis de los argumentos de la apelación

### 3.1. Existencias que soportan el actuar de ISA S.A. E.S.P.

La sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. afirmó que los actos administrativos demandados vulneran los derechos de las empresas que son propietarias de líneas, subestaciones y equipos a transferirlos a dicha empresa, esto en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 169 y 28 de las Leyes 142 y 143 de 1994.

Advirtió que la sentencia de primera instancia afirmó que el impedimento al crecimiento en la participación en la actividad de transmisión por adquisición de activos, se refiere exclusivamente a los construidos a través de convocatoria, por lo que ISA S.A. E.S.P., por ministerio de la Ley podía adquirir los activos construidos por fuera de convocatoria, esto es, los preexistentes a la Ley 142 de 1994.

Para resolver este cargo, la Sala tendrá en cuenta:

La Ley 142 de 1994, *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, estableció:

***“Artículo 169. Deberes especiales por la propiedad de ciertos bienes. Las empresas que sean propietarias de líneas, subestaciones y equipos señalados como elementos de la red nacional de interconexión, los usarán con sujeción al reglamento de operación y a los acuerdos adoptados por el consejo nacional de operación, en lo de su***



competencia, pero **podrán adoptar, según convenga, los mecanismos de venta que permitan transferir estos bienes a la Empresa Nacional de Interconexión.**

*El incumplimiento de las normas de operación de la red nacional de interconexión, la omisión en la obligación de proveer el mantenimiento de las líneas, subestaciones y equipos asociados, y toda conducta que atente contra los principios que rigen las actividades relacionadas con el servicio de electricidad, tal como se expresan en la ley, dará lugar a las sanciones previstas en ella.” (Negrillas fuera de texto).*

Por otra parte, la Ley 143 de 1994, “*por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética*”, expresamente indicó:

**“Artículo 28.** *Las empresas que sean propietarias de líneas, subestaciones y equipos señalados como elementos de la red nacional de interconexión, mantendrán la propiedad de los mismos, pero deberán operarlos con sujeción al Reglamento de Operación y a los acuerdos adoptados por el Consejo Nacional de Operación.*

*El incumplimiento de las normas de operación de la red nacional de interconexión, la omisión en la obligación de proveer el mantenimiento de las líneas, subestaciones y equipos asociados y toda conducta que atente contra los principios que rigen las actividades relacionadas con el servicio de electricidad, dará lugar a las sanciones que establezca la autoridad competente.*

**Parágrafo.** *No obstante lo dispuesto en el presente artículo las empresas que siendo propietarias de elementos de la red de interconexión nacional decidan enajenar dichos activos, podrán hacerlo.” (Negrillas fuera de texto).*

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en ejercicio de sus funciones de reglamentación de la actividad de transmisión de energía, expidió la Resolución CREG 022 de 2001, “*Por la cual se modifican e incorporan las disposiciones establecidas en la*



*Resolución CREG-051 de 1998, modificada por las Resoluciones CREG-004 y CREG-045 de 1999, mediante las cuales se aprobaron los principios generales y los procedimientos para definir el plan de expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional, y se estableció la metodología para determinar el Ingreso Regulado por concepto del Uso de este Sistema.”, estableció:*

*“ARTÍCULO 10. En ejercicio de las facultades legales de la CREG y como mecanismo para prevenir el abuso de posición dominante de las empresas, y para evitar la concentración de la propiedad accionaria de las mismas, **se establecen las siguientes reglas para la participación en la actividad de transmisión nacional que se determina en la presente Resolución:***

*a) Las empresas constituidas como E.S.P. que deseen participar en los Procesos de Selección aquí regulados, deberán tener como objeto exclusivo la actividad de Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico. Para el efecto, se entenderá que una empresa tiene objeto exclusivo, independientemente de su objeto social, cuando no desarrolle de manera directa en el sector eléctrico, actividades distintas a la Transmisión Nacional, o de manera indirecta a través de empresas subordinadas o controladas en cualquiera de las formas previstas en el Código de Comercio.*

*Asimismo, un proponente que sin ser E.S.P se gane la convocatoria, deberá constituirse como tal, con objeto exclusivo en Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994;*

***b) A partir de la vigencia de la presente Resolución Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y las empresas con quienes tenga una relación de control, solamente podrán incrementar su participación en la actividad de Transmisión cuando sean elegidas beneficiarias en los procesos de selección a los que hace referencia la presente Resolución. En ningún caso podrán adquirir participación societaria o accionaria, ni incrementar la que tuvieran en empresas de Transmisión Nacional existentes o futuras, salvo en aquellas con respecto a las cuales tengan una***



*relación de control.*

***Tampoco podrán adquirir activos de transmisión de otras empresas que resulten elegidas en los procesos de selección a los cuales hace referencia la presente Resolución excepto los activos de transmisión de aquellas empresas con respecto a las cuales tengan una relación de control;***

*c) Los generadores, distribuidores y comercializadores, o las empresas integradas verticalmente que desarrollen de manera conjunta más de una de estas actividades, no podrán tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del quince por ciento (15%) del capital social de una empresa de Transmisión Nacional existente o futura, ni podrán con respecto a esa empresa, tener posición de controlada y/o controlante;*

*d) Los proponentes que participen en un mismo proceso de selección no podrán tener una relación de control, ya sea en calidad de matriz, filial, subsidiaria o subordinada de acuerdo con lo previsto por la legislación comercial;*

*e) En un mismo proceso de selección, una persona no podrá participar bajo distintos esquemas contractuales en más de una propuesta.*

*La CREG podrá pronunciarse sobre aquellas transacciones que impliquen el traspaso de control o de propiedad, que afecten de alguna manera lo dispuesto en el presente artículo, lo cual será tenido en cuenta por el Ministerio de Minas y Energía o la entidad que este delegue para realizar el respectivo Proceso de Selección. La CREG buscará en todo momento que los Procesos de Selección se realicen con la mayor transparencia posible mediante el cumplimiento del presente Artículo. Para estos efectos podrá solicitar la información que estime conveniente.*

*PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este Artículo no obsta para que la CREG ejerza sus facultades legales para impedir los abusos de posición dominante, la regulación de la posición dominante de hecho, o la promoción de la competencia.*



*PARÁGRAFO 2o. La CREG solicitará a las empresas del sector toda la información que requiera para determinar la posición de una empresa o persona dentro del mercado.”*  
(Negrillas fuera de texto).

De acuerdo con las normas transcritas, la Sala concuerda con la sociedad demandante en que los propietarios de las líneas, subestaciones y equipos señalados como elementos de la red nacional de interconexión podían ser enajenados.

Sin embargo, en el momento en que se adquirió la subestación Betania, por parte de ISA S.A. E.S.P., esta sociedad debía cumplir con las directrices establecidas en las normas de regulación proferidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, entre otras, lo dispuesto en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, modificada por las Resoluciones CREG 001 y 008 de 2006, es decir, que para incrementar la participación en el sistema de transmisión debía haber sido elegida como beneficiaria en los procesos de selección regulados en dicha resolución o adquirir dichos bienes de una empresa con la que tuviera una relación de control, norma que estaba vigente al momento de la transacción.

En consecuencia, la Sala considera que en el caso en estudio no se vulneraron las disposiciones de las Leyes 142 y 143 de 1994, porque la decisión de excluir de la base de remuneración de ISA S.A. E.S.P. la subestación Betania, no implicaba que PESA S.A. no pudiera venderla, sino que, para comprarla, la sociedad demandante debía cumplir con la normatividad vigente, esto es, la Resolución 022 de 2001, con sus modificaciones.

Por lo tanto, el cargo no está llamado a prosperar.

### **3.2. Características del negocio jurídico realizado**

ISA S.A. E.S.P. advierte que el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 solo hace referencia a los activos construidos con posterioridad a la expedición de las Leyes 142 y 143 de 1994 y de los procesos de adjudicación para la construcción





y operación, a través de procesos de selección diseñados por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME).

Por lo expuesto, como la subestación Betania fue construida con anterioridad a la creación del sistema de adjudicación y a los procesos de selección, esta no estaba incluida en la prohibición contenida en la Resolución 022 de 2001 y, en consecuencia, la exclusión de dicho activo de la base de remuneración de ISA S.A. E.S.P. debería declararse nula.

La Sala, en relación con este argumento, debe indicar que no es de recibo toda vez que, tal como se evidencia en la transcripción realizada en el cargo anterior, la prohibición contenida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001 no hace esa diferenciación y no es posible realizar esta interpretación extensiva.

Esto es así, además, porque la Resolución 022 de 2001, al determinar los casos en los cuales se harían los procesos de selección, explicó que estos se realizarían, entre otros, para la expansión del sistema de transmisión nacional.

El artículo 4 de la resolución citada establece textualmente:

***“ARTÍCULO 4o. ELEMENTOS DE EFICIENCIA EN LA EJECUCIÓN DEL PLAN DE EXPANSIÓN DE TRANSMISIÓN DE REFERENCIA (STN) Y METODOLOGÍA DE REMUNERACIÓN. La expansión del Sistema de Transmisión Nacional se hará mediante la ejecución, a mínimo costo, de los proyectos del Plan de Expansión de Transmisión de Referencia, por parte de los inversionistas que resulten seleccionados en procesos que estimulen y garanticen la libre competencia en la escogencia de dichos proyectos.***

*En todo caso, la CREG podrá pronunciarse cuando encuentre que los requisitos establecidos en los Documentos de Selección impiden o restringen la libre competencia o no cumplen criterios de eficiencia económica en la escogencia de los proyectos del Plan de Expansión de Transmisión de Referencia y sus comentarios deberán ser incluidos en los Documentos de Selección.*



(...)"

Este plan de expansión del sistema de transmisión nacional<sup>11</sup>, define la ruta a seguir para alcanzar un adecuado abastecimiento de la demanda de energía eléctrica y este deberá desarrollarse bajo los parámetros de la promoción de la libre competencia, de conformidad con las disposiciones de la Ley 143 de 1994.

Para ello, se analiza el sistema de transmisión nacional, se identifican los efectos del crecimiento de la demanda y la incorporación de las plantas de generación, con el fin de garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de una manera confiable, segura y eficiente<sup>12</sup>.

Los procesos de selección tienen como objetivo que los transmisores nacionales existentes o potenciales, compitan por la construcción, administración, operación y mantenimiento de los procesos de expansión del sistema de transmisión nacional.

Entonces, al realizar una lectura integral de las normas que regulan el sistema de transmisión nacional, se puede concluir que la expansión del sistema incluye infraestructura nueva que deba ser construida, administrada, operada y mantenida o infraestructura existente que exija, para cumplir con los estándares de necesidad del servicio, ser ampliada, operada o administrada.

Además, la Sala reitera que, el régimen aplicable era el vigente al momento de la realización del negocio jurídico de compraventa y no, como lo pretende la parte demandante, la normativa establecida al momento de la construcción de la subestación Betania.

En consecuencia, la Sala no acoge los argumentos expuestos por el apelante.

---

<sup>11</sup> Definido en el artículo 1 de la Resolución CREG 022 de 2001 como el sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas, con sus correspondientes módulos de conexión, que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kV.

<sup>12</sup> Así está definido en la página de UPME

[http://www1.upme.gov.co/Documents/Energia%20Electrica/Plan\\_GT\\_2017\\_2031\\_PREL.pdf](http://www1.upme.gov.co/Documents/Energia%20Electrica/Plan_GT_2017_2031_PREL.pdf)



### **3.3. Entendimiento de la disposición contenida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001, modificada por las Resoluciones CREG 001 y 008 de 2006**

Para la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. la norma contenida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 restringe el derecho constitucional a la libre iniciativa y a libre competencia.

Esto es así porque, como se trata de una restricción de derechos fundamentales, la interpretación de esta norma no puede implicar la inclusión de activos eléctricos preexistentes ni la prohibición de incluir a todas las empresas, pues la norma claramente establece que no se pueden adquirir bienes de otras empresas que resulten elegidas en el proceso de selección.

Para resolver este punto la Sala tendrá en cuenta:

#### **a. Literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001**

Por ser necesario para efectos metodológicos, se transcribe nuevamente la norma objeto de análisis:

*“ARTÍCULO 10. En ejercicio de las facultades legales de la CREG y como mecanismo para prevenir el abuso de posición dominante de las empresas, y para evitar la concentración de la propiedad accionaria de las mismas, **se establecen las siguientes reglas para la participación en la actividad de transmisión nacional que se determina en la presente Resolución:***

*(...)*

***b) A partir de la vigencia de la presente Resolución Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y las empresas con quienes tenga una relación de control, solamente podrán incrementar su participación en la actividad de Transmisión cuando sean elegidas beneficiarias en los procesos de selección a los que hace referencia la presente Resolución. En ningún caso podrán adquirir participación societaria o accionaria, ni incrementar la que***



*tuvieren en empresas de Transmisión Nacional existentes o futuras, salvo en aquellas con respecto a las cuales tengan una relación de control.*

***Tampoco podrán adquirir activos de transmisión de otras empresas que resulten elegidas en los procesos de selección a los cuales hace referencia la presente Resolución excepto los activos de transmisión de aquellas empresas con respecto a las cuales tengan una relación de control;***

*(...)*”

La norma en cita establece que Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. puede incrementar su participación cuando sea elegida beneficiaria en los procesos de selección, sociedad que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral V del literal a) del artículo 4 de la Resolución 022 de 2001, deberá efectuar una propuesta para cada proyecto definido en las convocatorias de expansión de la red de interconexión, en cumplimiento del artículo 32 de la Ley 143 de 1994.

Además de lo anterior, dispone que ISA S.A. E.S.P. no puede adquirir activos de transmisión de otras empresas que resulten elegidas en los procesos de selección para ampliar el sistema de interacción nacional.

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 143 de 1994, el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. es el de atender la operación y el mantenimiento de la red de su propiedad, la expansión de la red nacional de interconexión, la planeación y coordinación del sistema interconectado nacional y la prestación de los servicios técnicos en actividades relacionadas con dicho objeto.

En atención a lo anterior, la Comisión de Regulación de Energía y Gas debía regular la participación de ISA S.A. E.S.P. en el sistema de interconexión nacional, para así generar normas que evitaran el abuso de la posición dominante e incentivar la participación de los agentes transmisores en el sistema de transmisión nacional.



## **b. Procesos de selección solo es para activos nuevos**

Como ya se indicó en el cargo anterior y como se evidencia de la lectura literal de la norma, el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 no hace ninguna diferenciación con relación a los activos a los que se refieren los procesos de selección y, por el contrario, las demás normas del acto administrativo mencionado incluyen tanto la construcción, como la administración y el mantenimiento, lo que lleva a la Sala a concluir que no se refiere exclusivamente a los activos construidos con posterioridad a la Ley 142 de 1994.

En consecuencia, la interpretación que pretende la demandante no está llamada a prosperar.

## **c. La norma no se refiere a los activos de todas las empresas sino solamente a los de aquellas que sean elegidas en los procesos de selección**

A juicio de la sociedad demandante, la prohibición contemplada en el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 no puede extenderse a otras empresas diferentes a aquellas que resulten elegidas en los procesos de selección, puesto que existen sociedades que son propietarias de activos eléctricos fuera de convocatoria que pueden enajenarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 169 de la Ley 169 de 1994.

Para la Sala es claro que la prohibición de adquirir activos de transmisión de otras empresas que resulten elegidas en los procesos de selección a los cuales hace referencia la presente Resolución, se refiere exclusivamente a las empresas cuyas propuestas fueron seleccionadas y luego venden sus activos a la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.

Sin embargo, la prohibición de adquirir bienes a empresas diferentes no se encuentra en ese aparte de la norma sino en el primer inciso del literal b), esto es, que ISA S.A. E.S.P. solamente puede aumentar su participación en la actividad de Transmisión cuando sean elegidas beneficiarias en los procesos de selección a



los que hace referencia la presente Resolución.

Lo anterior no implica que las sociedades propietarias de activos no puedan venderlas, sino que ISA S.A. E.S.P. debe adquirirlas a través de los procesos de selección que las normas de regulación proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, circunstancia que no vulnera el artículo 169 de la Ley 142 de 1994, como ya se había considerado.

Esta interpretación no es ajena a la literalidad de la norma ni a su finalidad, que no es otra que proteger la libre competencia y la participación de todos los transmisores en el mercado.

Por lo tanto, no se encuentra probado que la interpretación sobre el literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 sea desproporcionada ni ilegal como lo advierte la sociedad demandante y, en consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

### **3.4. Violación al principio de confianza legítima**

Según la sociedad demandante, desde antes de la adquisición de la subestación Betania, la CREG había autorizado legalmente la adquisición de activos preexistentes mediante el Concepto CREG 0649 de 1999, tal como lo hizo en la adquisición de activos de la CHEC.

Explicó que la CREG en el concepto CREG 00649 de 1999 consideró que las empresas verticalmente integradas, que se encuentren legalmente imposibilitadas para participar en los procesos de selección, ISA no tendría ningún obstáculo regulatorio para adquirir la propiedad de los activos del sistema de transmisión nacional que posean las empresas.

Para resolver este cargo es necesario tener en cuenta:

#### **a. Concepto CREG 0649 de 1999**

El 23 de abril de 1999 la Comisión de Regulación de Energía y Gas





dio respuesta a una consulta elevada por ISA S.A. E.S.P. en la que se preguntaba si dicha sociedad podía adquirir activos de transmisión de las empresas verticalmente integradas.

La CREG en el Concepto 0649 de 1999<sup>13</sup> explicó que la Resolución 004 de 1999 estableció que la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. solamente podía incrementar su participación en la actividad de transmisión cuando fuera beneficiaria en los procesos de selección a los que hace referencia dicha resolución y, tampoco podía adquirir activos de transmisión de otras empresas que resultaren beneficiarias en los procesos de selección mencionados. Aclaró que, además, que en los procesos de selección solo pueden participar aquellas empresas que tengan como objeto exclusivo dentro del sector eléctrico, la actividad de transmisión nacional.

Por lo tanto, concluyó que como las empresas verticalmente integradas se encuentran imposibilitadas para participar en los procesos de selección, ISA no tendría obstáculo regulatorio para adquirir la propiedad de los activos del sistema de transmisión nacional que posean estas empresas.

#### **b. Los conceptos S-2009-005315 y S-2008-001074**

Posteriormente la CREG resuelve otras consultas sobre el mismo asunto elevadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en estos indicó que la postura adoptada en el concepto CREG - 0649 de 1999 había sido rectificada mediante la comunicación S-2006-002451 del 4 de octubre de 2006, dirigida al gerente de Transelca<sup>14</sup>.

En esta última decisión se indicó que la representación de los activos de transmisión por parte de un transportador nacional implicaba la operación de los mismos y, esto, podría llevar consigo un incremento en la participación de la actividad de transmisión, lo cual estaba prohibido para ISA S.A. E.S.P., de conformidad con lo dispuesto en el literal b) de la Resolución 022 de 2001.

---

<sup>13</sup> Folio 106 y 106 vto. del cuaderno 3.

<sup>14</sup> Folios 111 a 112 del cuaderno 3.



Explicó que, bajo esas consideraciones, igualmente estaba prohibido que ISA S.A. E.S.P. adquiriera cualquier activo de transmisión instalado en el sistema de transmisión nacional, puesto que llevaría consigo el aumento en la participación en la actividad.

Posteriormente, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante el concepto S-2008-001074 del 1° de abril de 2008<sup>15</sup>, precisó a la Empresa de Energía de Bogotá reiteró la postura adoptada en la comunicación S-2006-002451 del 4 de octubre de 2006.

Igualmente, en el concepto S-2009-005315 del 9 de diciembre de 2009 la CREG explicó que cuando ISA S.A. E.S.P. adquiere propiedades u operación de activos del sistema de transmisión nacional incrementa su participación en la actividad de transmisión lo cual solo es posible cuando ISA participa en el proceso de selección y es beneficiaria de dicho proceso.

### **c. Presunta violación a la confianza legítima**

Si bien, la CREG inicialmente advirtió que la adquisición de activos de empresas imposibilitadas para participar en los procesos de selección a los que se refiere la Resolución CREG 022 de 2001 sí era posible, esto es, no vulneraba las normas regulatorias.

Sin embargo, esta postura fue rectificada a partir del concepto S-2006-002451 del 4 de octubre de 2006, el cual fue emitido con anterioridad a la compra de la subestación Betania por parte de la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., la cual ocurrió 21 de diciembre 2007.

Por lo anterior, no considera la Sala que ISA S.A. E.S.P. haya sido sorprendida con un cambio de postura por lo que se concluye que en el caso en estudio no se vulneró la confianza legítima alegada por la parte demandante.

---

<sup>15</sup> Folio 111 a 112 vto. del cuaderno 3 del expediente.



Ahora bien, en relación con los bienes adquiridos por ISA S.A. E.S.P. provenientes de CHEC, la Sala observa que estas afirmaciones no se encuentran demostradas en el expediente, puesto que el único acto administrativo, diferente a los demandados, que se encuentra en el expediente y hace referencia a una remuneración específica de unos activos del sistema de transmisión nacional, es la Resolución 147 del 23 de noviembre de 2001, por la cual la CREG aprobó la remuneración de unos activos que conforman la variante de línea entre la subestación Guatapé y la línea San Carlos - Ancón Sur del sistema de transmisión nacional.

En las consideraciones de dicho acto administrativo se explicó que durante el año 2000 y en lo corrido del año 2001, se habían presentado atentados contra la infraestructura de transmisión eléctrica, se derribaron torres y se pusieron fuera de servicio diversos circuitos del sistema de interconectado nacional.

Por estos motivos, se solicitó a la CREG autorización para que ISA S.A. E.S.P. construyera una variante de línea de transmisión consistente en una línea de doble circuito a 220 kv de 13.2 km entre la subestación de Guatapé y las líneas San Carlos - Ancón Sur.

Para superar la crisis y garantizar la prestación del servicio la CREG autorizó la remuneración de la variante mencionada la cual estaría conformada.

Frente a esta circunstancia la Sala debe indicar que los supuestos fácticos que motivaron la Resolución 147 de 2001 son disímiles a los que sustentaron los actos administrativos demandados y, por tanto, no puede pretender la sociedad demandante que se les aplique la misma consecuencia jurídica.

Por lo expuesto, el cargo sobre la violación del principio de la confianza legítima no está llamado a prosperar, puesto que la postura de la Comisión de Regulación de Energía y Gas que pretende que se le aplique a la sociedad demandante fue reevaluada mediante el concepto S-2006 del 4 de octubre de 2006, por lo que al momento de la enajenación de la subestación Betania,



esto es, el 21 de diciembre de 2007, la nueva postura jurídica ya estaba vigente.

### **3.5. La CREG no está legitimada para excluir activos de la base de activos reportada por la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.**

Advierte la sociedad apelante que la única razón por la que la CREG puede excluir activos de la base para la remuneración es que el mismo amenace la seguridad del sistema, esto con base en lo dispuesto en los artículos 5 y 7 de la Resolución 011 de 2009.

En consecuencia, en su sentir, la entidad demandada carece de competencia para en forma autónoma, unilateral y exclusiva ajustar el ingreso anual de un transmisor nacional, en los casos de exclusión de activos, ni en los casos de ingresos de nuevos activos de uso o remplazo de unidades constructivas instaladas, pues en los dos casos se requiere una intervención de otra entidad.

Para resolver este cargo la Sala deberá analizar las normas citadas.

La Resolución 011 de 2009 *“Por la cual se establecen la metodología y fórmulas tarifarias para la remuneración de la actividad de transmisión de energía eléctrica en el Sistema de Transmisión Nacional”*, estableció textualmente:

**“ARTÍCULO 5o. DETERMINACIÓN DE LOS ACTIVOS REMUNERABLES.** La CREG aprobará mediante Resolución la base de activos a remunerar a cada uno de los TN, para lo cual cada empresa deberá reportar a la CREG, dentro de los 30 días calendario siguientes a la entrada en vigencia de esta resolución, su inventario con los activos que se encuentran en operación, clasificados por Unidad Constructiva, informando si opera el activo en forma parcial o total y el valor o valores pagados por concepto de servidumbre. Con el inventario deberán reportar los activos de enlaces internacionales de Nivel de Tensión 4 que están siendo remunerados mediante cargos por uso.

*Con la base de activos definida por la CREG el Liquidador y*



*Administrador de Cuentas del Sistema de Transmisión Nacional liquidará y facturará los ingresos correspondientes a los TN, con la metodología definida en esta Resolución y aplicando las Compensaciones a que haya lugar conforme a lo establecido en el artículo 17 y en el Capítulo IV del Anexo General de esta resolución. **La CREG podrá modificar la base de activos de un TN cuando la autoridad competente determine que alguno de sus activos limita la operación adecuada del Sistema.***

*PARÁGRAFO. El valor a remunerar a cada TN por concepto de servidumbre de líneas será el valor anual que este demuestre con la información entregada al momento del reporte del inventario de sus activos. En los casos en que el TN haya realizado un solo pago por concepto de servidumbres, deberá calcular el valor anual equivalente utilizando la Tasa de retorno definida para la actividad de Transmisión.*

*(...)*

**ARTÍCULO 7o. INGRESO ANUAL.** *El Ingreso Anual de cada TN, IAT, correspondiente a los activos de que trata el artículo 5o de esta resolución, se calculará de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del Anexo General de la presente resolución.*

***El IAT aplicable en términos reales solo se ajustará si la CREG llegare a modificar los valores de las Unidades Constructivas, cuando se modifique el valor del AOM reconocido o cuando, en cumplimiento de la regulación vigente, se excluyan Activos de Uso en operación, ingresen nuevos Activos de Uso o se remplacen las Unidades Constructivas instaladas por otras de clasificación diferente de acuerdo con lo establecido en el artículo 6o de la presente resolución.***

*PARÁGRAFO. Para la remuneración de los terrenos que hacen parte de las Unidades Constructivas de subestaciones se tendrá en cuenta el valor catastral del metro cuadrado (m2) del terreno donde está ubicada cada subestación.”*

De la lectura sistemática de las normas transcritas, la Sala



evidencia que la CREG tiene competencia para modificar la base de activos reportada por los transmisores nacionales en varios eventos, a saber:

- a. Cuando la autoridad competente determine que alguno de sus activos limita la operación adecuada del sistema.
- b. Cuando se modifiquen los valores de las unidades constructivas<sup>16</sup>.
- c. Cuando se modifique el valor de los gastos de administración, operación y mantenimiento correspondientes a la actividad de transmisión de energía eléctrica en el sistema de transmisión nacional reconocido.
- d. Cuando, en cumplimiento de la regulación vigente, se excluyan activos de uso en operación, ingresen nuevos activos de uso o se remplacen las unidades constructivas instaladas por otras de clasificación diferente de acuerdo con lo establecido en el artículo 6o de la presente resolución.

En consecuencia, la Sala considera que la interpretación realizada por ISA S.A. E.S.P. frente a que la CREG solo podía modificar la base de activos de remuneración reportada por el transmisor nacional cuando el bien limita la operación adecuada del sistema, se considera inadecuada, puesto que al revisar las normas de manera sistemática se puede concluir que las disposiciones de los artículos 5 y 7 de la Resolución 011 de 2009 no se excluyen, sino que se complementan.

Por lo tanto, la CREG en los actos administrativos demandados consideró que la adquisición de la subestación Betania no cumplía con las normas reglamentarias y, en consecuencia, la excluyó de la base para determinar la remuneración, en aplicación del artículo 7 de la Resolución 011 de 2009, no en ejercicio de una facultad

---

<sup>16</sup> Unidad Constructiva (UC). Conjunto de elementos que conforman una unidad típica de un sistema eléctrico, orientada a la conexión de otros elementos de una red, al transporte o a la transformación de la energía eléctrica, o a la supervisión o al control de la operación de activos del STN.





sancionatoria sino en cumplimiento de la función consagrada en el artículo 5 de la misma resolución, esto es, aprobar la base de activos para remuneración de cada transmisor nacional.

Pese a que las partes no son claras en indicar cuál es la autoridad competente que determinaría cuando alguno de sus activos de los transmisores nacionales limita la operación adecuada del sistema de transmisión nacional, la Sala puede concluir que esta función se encuentra en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que, en cumplimiento del artículo 370 de la Constitución Política y del numeral 6 del artículo 5 del Decreto 990 de 2002, *“por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”*, tiene competencia para ejercer el control, la inspección y la vigilancia de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios.

Específicamente, en relación con la calidad del servicio prestado, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene la siguiente función:

***“ARTÍCULO 5º- Funciones de la superintendencia. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las hagan sujetos de aplicación de las leyes 142 y 143 de 1994, 689 de 2001 y demás leyes que las adicionen, modifiquen o sustituyan, estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de ésta, las siguientes:***

*(...)*

***6. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las comisiones de regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes.***

*(...)”*

En consecuencia, la Sala considera que el cargo propuesto no está



llamado a prosperar porque, se reitera, la CREG tiene la posibilidad de modificar la base de activos reportada por cada uno de los transmisores nacionales cuando la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios determine que alguno de sus activos reportados no cumple con las características técnicas para la operación adecuada del sistema de transmisión, cuando se modifiquen los valores de las unidades constructivas, cuando se modifique el valor de los gastos de administración, operación y mantenimiento correspondientes y **cuando, en cumplimiento de la regulación vigente, se excluyan activos de uso en operación**, ingresen nuevos activos de uso o se remplacen las unidades constructivas instaladas por otras de clasificación diferente de acuerdo con la normativa vigente.

### **3.6. Para imponer la sanción se requería una metodología para determinar el aumento en la participación como elemento de tipicidad**

ISA S.A. E.S.P. manifestó que los actos administrativos demandados fueron proferidos en ejercicio de una función sancionatoria y, por lo tanto, debían demostrar la tipicidad de la conducta.

Alegó que, sin embargo esto no ocurrió puesto que no se determinó con que metodología se midió que con la adquisición de la subestación Betania había aumentado su participación en la actividad de transmisión de energía eléctrica, para así incurrir en la prohibición establecida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001.

Expuso que el tribunal de primera instancia realizó una inferencia lógica para concluir que quien compra aumenta su participación, lo cual no es cierto porque incrementa su patrimonio, más no su participación en la actividad de transmisión.

Para resolver estos planteamientos la Sala tendrá en cuenta lo siguiente:

La Resolución 022 de 2001 define el sistema de transmisión



nacional como *“sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas, con sus correspondientes módulos de conexión, que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kV.”*

Una subestación eléctrica es un conjunto de equipos destinados a dirigir el flujo de energía eléctrica, en un punto de la red en el que confluyen líneas (conectan nudos lejanos de igual tensión) y transformadores (conectan nudos cercanos de distinta tensión) y tiene la función de transformar la tensión de la energía, rectificar y transformar la potencia y la conexión de dos o más circuitos<sup>17</sup>.

De acuerdo con el informe rendido por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME)<sup>18</sup>, la subestación Betania está compuesta por las líneas que provienen de la planta de generación, de las cuales sale la energía hacia la subestación San Bernardino en Popayán, la subestación Mirolindo en Ibagué, la subestación El Bote en Neiva y hacia Altamira.

Además, en dicho informe se indicó que la línea Betania – Altamira se sostiene sobre 17 torres metálicas hasta la derivación de la misma línea hacia la subestación Hobo, desde dicho punto hasta Altamira se sostiene en postes de 15 metros.

La Sala considera que si la subestación es un conjunto de equipos que modifican las tensiones de la energía eléctrica y permiten su transmisión a través de las diferentes líneas hacia otras subestaciones, es claro que cuando se adquiere este tipo de infraestructura se está incrementando la participación en el sistema de interconexión.

No comparte la Sala el argumento de la parte apelante en el sentido de que la CREG debía contar con una metodología para definir el aumento en la actividad de transmisión, para demostrar el

---

<sup>17</sup> Definición obtenida de una conferencia dictada en la IES Universidad de Laboral (Haciadama-Coruña) en el año 2012 que se puede consultar en el siguiente vínculo electrónico: [https://www.edu.xunta.gal/centros/cfrcoruna/aulavirtual2/pluginfile.php/5724/mod\\_resource/content/0/Curso\\_Subestaciones.\\_Univ\\_Laboral\\_Haciadama\\_Parte1.pdf](https://www.edu.xunta.gal/centros/cfrcoruna/aulavirtual2/pluginfile.php/5724/mod_resource/content/0/Curso_Subestaciones._Univ_Laboral_Haciadama_Parte1.pdf)

<sup>18</sup> El informe mencionado fue consultado por internet en el siguiente vínculo electrónico: [http://www1.upme.gov.co/PromocionSector/ConvocatoriasSTN/UPME-01-2005/Informacion\\_S\\_E\\_Betania.pdf](http://www1.upme.gov.co/PromocionSector/ConvocatoriasSTN/UPME-01-2005/Informacion_S_E_Betania.pdf)



incumplimiento de la prohibición establecida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001, puesto que aumentar infraestructura que permita interconectar el sistema de transmisión necesariamente implica un aumento en la participación este sistema, de conformidad con las definiciones expuestas.

En consecuencia, el cargo propuesto no está llamado a prosperar.

### **3.7. Imposición de doble sanción**

Aseguró la sociedad demandante que la facultad sancionatoria derivada del incumplimiento de las normas regulatorias está en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y que la Comisión de Regulación de Energía y Gas no está autorizada para la imposición de sanciones.

Sin embargo, a su juicio, la CREG en las resoluciones demandadas le impuso una sanción la cual impidió que se remunerara la subestación Betania como activo del sistema.

En consecuencia, afirmó que se le ha impuesto una doble sanción por los mismos hechos, circunstancia que implica una violación del artículo 29 de la Constitución Política.

Para resolver este cargo la Sala considera necesario tener en cuenta los siguientes argumentos:

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios profirió la Resolución SSPD-20102400012065 del 16 de abril de 2010, por la cual se sancionó a la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. por la vulneración del literal b) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 y, en consecuencia, se le impuso una multa por valor de cincuenta y cinco millones ciento cinco mil pesos (\$55.105.000)<sup>19</sup>.

Este acto administrativo se profirió en ejercicio de las funciones conferidas al Superintendente Delegado para Energía y Gas establecidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

---

<sup>19</sup> Folios 309 a 339 cuaderno 1.



La norma en cita establece:

**“Artículo 79. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.** *Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujeto de aplicación de la presente Ley, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia. Son funciones especiales de ésta las siguientes:*

**79.1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.**

(...)”

Por otra parte, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, profirió la Resolución 106 del 01 de julio de 2010, por la cual se aprobó la base de activos y los parámetros necesarios para determinar la remuneración de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. en el sistema de transmisión nacional.

Dicho acto administrativo se profirió en cumplimiento de las normas de regulación mediante las cuales se definió la metodología y fórmulas tarifarias para la remuneración de la actividad de transmisión de energía eléctrica en el Sistema de Transmisión Nacional, esto es, la Resolución 011 de 2009.

Las normas sobre la remuneración de activos de la Resolución 011 de 2009 establecen:

**“ARTÍCULO 5o. DETERMINACIÓN DE LOS ACTIVOS REMUNERABLES.** *La CREG aprobará mediante Resolución la base de activos a remunerar a cada uno de los TN, para lo cual cada empresa deberá reportar a la CREG, dentro de los 30 días calendario siguientes a la entrada en vigencia de esta resolución, su inventario con los activos que se encuentran en operación, clasificados por Unidad Constructiva, informando si*



*opera el activo en forma parcial o total y el valor o valores pagados por concepto de servidumbre. Con el inventario deberán reportar los activos de enlaces internacionales de Nivel de Tensión 4 que están siendo remunerados mediante cargos por uso.*

*Con la base de activos definida por la CREG el Liquidador y Administrador de Cuentas del Sistema de Transmisión Nacional liquidará y facturará los ingresos correspondientes a los TN, con la metodología definida en esta Resolución y aplicando las Compensaciones a que haya lugar conforme a lo establecido en el artículo 17 y en el Capítulo IV del Anexo General de esta resolución. **La CREG podrá modificar la base de activos de un TN cuando la autoridad competente determine que alguno de sus activos limita la operación adecuada del Sistema.***

*PARÁGRAFO. El valor a remunerar a cada TN por concepto de servidumbre de líneas será el valor anual que este demuestre con la información entregada al momento del reporte del inventario de sus activos. En los casos en que el TN haya realizado un solo pago por concepto de servidumbres, deberá calcular el valor anual equivalente utilizando la Tasa de retorno definida para la actividad de Transmisión.*

*ARTÍCULO 6o. REMUNERACIÓN DE NUEVOS ACTIVOS DE USO QUE SUSTITUYAN A OTROS. Para la remuneración de un nuevo Activo de Uso que sustituya a otro que se estaba remunerando con una Unidad Constructiva diferente se debe cumplir lo siguiente:*

- i) Que el TN que represente dicho activo presente a la UPME la evaluación técnica y económica que justifica la ampliación o su sustitución;*
- ii) Que la UPME, una vez aplicados los criterios establecidos en la normatividad vigente, recomiende en el Plan de Expansión la ampliación o sustitución de dicho activo;*
- iii) Que el TN solicite a la CREG la inclusión de este activo dentro del inventario de activos remunerados; y*





*iv) Que la CREG expida la resolución mediante la cual aprueba su remuneración, una vez el activo entre en operación.*

*PARÁGRAFO. La reposición de los activos es responsabilidad de sus propietarios o de los TN que los representen. Con este propósito el TN deberá presentar a la UPME, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esta resolución, un plan de reposición acorde con un diagnóstico técnico del estado de sus activos, que cubra un periodo de cinco años. En ningún caso el incumplimiento de las normas técnicas establecidas por la autoridad competente o las limitaciones técnicas de equipos o elementos de una Unidad Constructiva podrán limitar la operación adecuada del Sistema y le corresponderá al TN ajustar dicho activo y solicitar a la CREG la reclasificación de la Unidad Constructiva, si fuere el caso.*

*ARTÍCULO 7o. INGRESO ANUAL. El Ingreso Anual de cada TN, IAT, correspondiente a los activos de que trata el artículo 5o de esta resolución, se calculará de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del Anexo General de la presente resolución.*

***El IAT aplicable en términos reales solo se ajustará si la CREG llegare a modificar los valores de las Unidades Constructivas, cuando se modifique el valor del AOM reconocido o cuando, en cumplimiento de la regulación vigente, se excluyan Activos de Uso en operación, ingresen nuevos Activos de Uso o se replacen las Unidades Constructivas instaladas por otras de clasificación diferente de acuerdo con lo establecido en el artículo 6o de la presente resolución.***

*PARÁGRAFO. Para la remuneración de los terrenos que hacen parte de las Unidades Constructivas de subestaciones se tendrá en cuenta el valor catastral del metro cuadrado (m<sup>2</sup>) del terreno donde está ubicada cada subestación.*

*(...)” (Negritas fuera de texto).*

En atención a lo expuesto, la Sala considera que en el caso en estudio no se impuso una doble sanción, puesto que la Comisión de Regulación de Energía y Gas profirió los actos administrativos



demandados en ejercicio de sus funciones para determinar la remuneración de activos de los transmisores nacionales y, en atención a las normas sobre el ingreso anual, la CREG modificó la base reportada por la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., en cumplimiento de la regulación vigente, esto es, en cumplimiento de lo dispuesto en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001.

La decisión adoptada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas es la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las normas regulatorias y no en ejercicio de las funciones derivadas del derecho sancionatorio, por lo que la Sala concluye que los argumentos expuestos no están llamados a prosperar.

### **3.8. Excepción de inconstitucionalidad del literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001**

A juicio de la sociedad apelante, la norma contenida en el literal b) del artículo 10 de la Resolución 022 de 2001 impone un trato diferencial sin respetar los principios constitucionales y legales a la libre empresa, la libre competencia y la iniciativa privada.

Para la Sala este argumento no está llamado a prosperar bajo el siguiente análisis:

La excepción de inconstitucionalidad ha sido definida por la Corte Constitucional como: *“una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.”*



La norma, cuya inconstitucionalidad solicita la parte demandante, establece que la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. no puede aumentar su participación en la actividad de transmisión cuando sean elegidas beneficiarias en los procesos de selección a los que hace referencia la Resolución 022 de 2001 y tampoco puede adquirir activos de transmisión de otras empresas que resulten elegidas en los procesos de selección mencionados, directriz fijada por la CREG como medida para evitar el abuso de la posición dominante de dicha sociedad en el mercado de transmisión de energía eléctrica.

Es preciso aclarar que la Resolución 022 de 2001, *“Por la cual se modifican e incorporan las disposiciones establecidas en la Resolución CREG-051 de 1998, modificada por las Resoluciones CREG-004 y CREG-045 de 1999, mediante las cuales se aprobaron los principios generales y los procedimientos para definir el plan de expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional, y se estableció la metodología para determinar el Ingreso Regulado por concepto del Uso de este Sistema”* es un acto de contenido general.

La Sala no considera que la norma en cita sea inconstitucional puesto que, si bien impone una limitación a los derechos constitucionales consagrados en el artículo 333 de la Constitución Política, esta se debe al cumplimiento de la obligación de impedir prácticas que constituyan una posición dominante contenida en el mismo artículo constitucional y en el literal b) del artículo 3 de la Ley 143 de 1994.

En atención a lo anterior, la Sala concluye que la medida adoptada en la Resolución 022 de 2001 no es una restricción al derecho a la iniciativa privada ni a la libre competencia, es un instrumento para protegerlo y evitar la existencia de un monopolio en la actividad de transmisión energética.

### **Conclusión general**

La Sala, en atención a todo el análisis expuesto, confirmará la sentencia proferida, el 18 de septiembre de 2014, por la Subsección C de Descongestión de la Sección Primera del Tribunal



Administrativo de Cundinamarca.

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

### FALLA

**PRIMERO:** Confírmase la sentencia del 18 de septiembre de 2014, proferida por la Subsección C de Descongestión de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

