Ministerio de Minas y Energía

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

**RESOLUCIÓN No. 501 030 DE 2023**

**(30 DIC. 2023)**

 Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Públicas de Medellín contra la Resolución CREG 501 034 de 2021, mediante la cual se decidió la actuación administrativa iniciada por la presunta existencia de discrepancias en valores de los parámetros reportados para la Planta Playas.

Expediente 2021-054 (2023146)

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

En ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por las leyes 142 y 143 de 1994, y los decretos 1524 de 1994 y 1260 de 2013 y,

**C O N S I D E R A N D O Q U E:**

1. **ANTECEDENTES**

En la Resolución CREG 501 034 de 2022 se resolvió la actuación administrativa iniciada por la presunta existencia de discrepancias en valores reportados para la planta Playas representada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para participar en la subasta del Cargo por Confiabilidad para el período 2022-2023.

La actuación se inició como consecuencia del informe de la auditoría realizada en cumplimiento de lo ordenado por la Resolución CREG 030 de 2019, XM S.A. E.S.P. en la cual la firma HMV Ingenieros encontró discrepancias para los parámetros Índice de Indisponibilidad Histórica Forzada, IHF, Filtraciones y Topología.

En relación con las filtraciones y la topología el auditor encontró que Playas tenía la obligación de cumplir con un caudal ecológico de 1 m3/s, de acuerdo con el artículo 2 de la Resolución INDERENA 2793 de 1981. Sobre el particular, la empresa alegó que la obligación definida en la Resolución 2793 de 1981 del Inderena nunca se había cumplido, y tampoco nunca ha sido exigida por la autoridad competente y que, por tanto, ha operado “la perdida de fuerza ejecutaría del acto administrativo que impuso la obligación”.

Al respecto, al resolver la Comisión consideró que la empresa no había demostrado que tal fenómeno jurídico hubiese sido declarado o reconocido por autoridad competente alguna. Así mismo, señaló tenía la competencia para tomar una decisión sobre la pérdida de fuerza ejecutoria alegada ni podía desconocer las obligaciones definidas en un acto administrativo con presunción de legalidad que ha sido emitido por otra autoridad.

En ese contexto, la Comisión consideró que, si bien la planta no cumplía con el caudal ambiental, existía un acto administrativo con presunción de legalidad que establecía una obligación de cumplir con dicho caudal, que por tanto no podía ser desconocido, y debía considerarse el efecto del mismo respecto de las obligaciones adquiridas por la planta en el esquema del cargo por confiabilidad. Con los parámetros auditados la ENFICC base de la planta Playas es de 2.447.934 kWh-día y la ENFICC 98PSS es de 2.665.344 kWh-día. La ENFICC verificada en 2019 que corresponde a 2.702.638 kWh-día, es superior a la ENFICC base (2.447.934 kWh-día) y superior a la ENFICC 98PSS (2.665.344 kWh-día), verificadas ambas con los parámetros auditados, tal como se presenta en el escenario 1 arriba citado.

Por consiguiente, en aplicación de lo establecido del parágrafo del artículo 35 de la Resolución CREG 071 de 2006 y de conformidad con el criterio que había aplicado la Comisión en actuaciones anteriores, en relación con las discrepancias en el parámetro Filtraciones y el parámetro Topología identificadas por el auditor HMV Ingenieros, se determinó que se debía ajustar las OEF asignadas para el período 2022-2023a la planta Playas, pasando de 2.702.638 kWh-día a 2.447.934 kWh-día.

En relación con las diferencias en la información declarada para parámetro IHF se encontró que no tenían efecto sobre la ENFICC, sin perjuicio de lo cual se ordenó corregir el valor para que se declare el IHF que corresponde.

En consecuencia, en la Resolución CREG 501 034 de 2022 la Comisión resolvió:

*ARTÍCULO 1. Confirmar la existencia de discrepancias en los valores reportados por EPM. E.S.P para los parámetros Filtraciones y Topología que comprometen la ENFICC que respalda las OEF del período 2022-2023 para la planta PLAYAS.*

*ARTÍCULO 2. La planta PLAYAS de la EPM E.S.P. puede respaldar Obligaciones de Energía Firme para el periodo 2022- 2023 por un valor de 2,447,934 kWh-día.*

*ARTÍCULO 3. Ordenar a XM S.A. E.S.P. en su función de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, ASIC, ajustar las Obligaciones de Energía Firme del Periodo 2022-2023 para la planta Playas de la EPM E.S.P. al valor de 2,447,934 kWh-día.*

**II. RECURSO INTERPUESTO**

Informada de la Resolución CREG 501 034 de 2021, EPM interpuso recurso de reposición mediante radicado CREG E2022009068 del 18 de agosto de 2022 cuyos principales argumentos se trascriben o resumen a continuación:

*Como se manifestó en el pronunciamiento inicial, si bien en el Artículo 2° de la Resolución 2793 del 21 de diciembre de 1981 del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente –INDERENA–, se fijó el compromiso de mantener en forma permanente un remanente mínimo de 1 m3/s para el cauce natural del río Guatapé, lo cierto es que este caudal remanente no es posible generarlo a partir del Embalse Playas ya que este tipo de presa no permite efectuar descargas controladas por no contar con la infraestructura o los sistemas para este fin.*

*La CREG sostiene que no puede desconocer la presunción de legalidad de la Resolución INDERENA 2793 del 21 de diciembre de 1981, que no tiene competencia para reconocer la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo y que EPM no probó que la autoridad competente haya reconocido tal circunstancia, así como tampoco la declaratoria de nulidad*.

Al respecto EPM continúa explicando jurídicamente porque existe perdida de fuerza ejecutoria y que de tenerse en cuenta el caudal ambiental para el cálculo de la ENFICC, se termina vulnerando el principio de realidad material o sustancial, obligando a EPM a que formalmente desaproveche el recurso hídrico que se encuentra en el embalse y suponiendo que la autoridad ambiental también desconocerá la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo.

Afirman que *no existe norma alguna que establezca que la pérdida de fuerza ejecutoria por la cual de paso del tiempo establecido por el legislador solamente pueda ser reconocida por la autoridad que expidió el acto administrativo, como tampoco existe disposición alguna que obligue a EPM a obtener una declaratoria de tal fenómeno para que pueda exigirle a cualquier autoridad la pérdida de obligatoriedad del acto administrativo particular*.

Continúan diciendo que *afirmar que mientras no exista la declaratoria de la pérdida de fuerza ejecutoria por parte de la autoridad que expidió el acto, obliga a las demás autoridades a aplicar el principio de legalidad, conllevaría a sostener que el administrado no puede exigir el reconocimiento de tal derecho (pérdida de fuerza ejecutoria) sino ante determinada autoridad, cuando lo cierto es que un acto administrativo puede surtir efectos ante varias autoridades, como sucede en este caso, y son todas ellas las obligadas a aplicar el ordenamiento jurídico que reconoce la pérdida de ejecutividad de los actos de la administración*

Y además que *no existe norma alguna que le permita a la Comisión sostener su falta de competencia para reconocer que EPM actuó con apego a la realidad física de la planta Playas y a la realidad jurídica por la pérdida de fuerza ejecutoria del Artículo 2° de la Resolución 2793 del 21 de diciembre de 1981 del INDERENA, por cuanto la autoridad ambiental nunca solicito el cumplimiento del mismo. La CREG es competente porque dicho artículo tiene efectos en la declaración de parámetros para el cálculo de la ENFICC y este asunto sí es de su competencia*

Finalmente, solicitan revocar los artículos 1, 2 y 3 de la Resolución CREG 501 034 del 5 de abril de 2022 y, en su lugar declarar que no se confirmó la existencia de discrepancias en la información reportada por EPM, para los parámetros Filtraciones y Topología de la planta Playas, en el marco de la auditoría ordenada por la Resolución CREG 030 de 2019, a los parámetros declarados para participar en la subasta del Cargo por Confiabilidad para el período 2022-2023; y en consecuencia, ordenar el archivo de la actuación administrativa identificada con el Expediente 2021-0054.

**III. ACTUACIÓN DE LA CREG, ANÁLISIS Y CONCLUSIONES**

Para resolver el recurso interpuesto, dada la desaparición de la entidad en el año 1993 la Comisión consideró necesario identificar la autoridad competente para pronunciarse sobre la vigencia de la Resolución INDERENA 2793 de 1981.

Con este objetivo, la Comisión remitió la comunicación S2022004670 al Departamento Administrativo de la Función Pública refiriendo los antecedentes de la actuación y le solicitó emitir concepto sobre si era el Ministerio de Medio Ambiente u otra autoridad la competente para pronunciarse sobre la la vigencia de la Resolución INDERENA 2793 de 1981.

El DAFP dio respuesta mediante comunicación de 20226000385341, en la cual señaló que conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo debía ser la entidad que produjo el acto administrativo quien se pronuncie sobre la pérdida de ejecutoria y que las consultas relativas al Ministerio de Medio Ambiente debían elevarse ante dicha entidad.

Con base en la respuesta dada por el DAFP, se remitió la comunicación S2023000698 al Ministerio de Medio Ambiente formulando la siguiente consulta:

*1. Habiendo desparecido el Inderena, ¿Es el Ministerio de Medio Ambiente en virtud de lo establecido en Parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 99 de1993, la autoridad competente para pronunciarse sobre la pérdida de ejecutoriedad o no de la Resolución INDERENA 2793 de 1981?*

*2. De ser positiva la respuesta anterior, respetuosamente le solicitamos señalar expresamente si se ha producido o no la pérdida de ejecutoriedad de la Resolución INDERENA 2793 de 1981, en los términos de lo previsto en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011.*

*3. Si no corresponde al Ministerio de Medio Ambiente, ¿Cuál es la autoridad*

*ambiental competente para pronunciarse sobre la pérdida de ejecutoriedad de Resolución INDERENA 2793 de 1981 que alega Empresas Públicas de*

*Medellín?*

 La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio se pronunció con comunicación 13002023E2006214, radicado Creg E2023005162, señalando que:

*La Resolución 2793 de 1981, expedida en su momento por el Inderena, otorga concesión de aguas con destino a generación de fuerza hidráulica a la central hidroeléctrica LAS PLAYAS; conforme con lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 99 de 1993, en el marco de la transición, los permisos y licencias concedidos continuarían vigentes por el tiempo de su expedición y las actuaciones administrativas iniciadas continuarían su trámite ante las autoridades que asuman su competencia en el estado en que se encuentren, para el caso objeto de la consulta al competencia en virtud de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 31 de la Ley 99, fue la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare -CORNARE-, por lo cual es esa la autoridad ambiental la competente para pronunciarse sorbe al vigencia o la fuerza vinculante de dicha resolución.*

No obstante haber dado el Ministerio traslado de la solicitud a Cornare, la Comisión formuló la solicitud respectiva mediante radicado S2023000698.

En respuesta a estas comunicaciones Cornare mediante radicado CS-03791-2023, radicado CREG E2023006137, suscrito por el secretario general, informó que:

*“De conformidad con lo solicitado: “respetuosamente le solicitamos señalar expresamente si se ha producido o no la pérdida de ejecutoriedad de la Resolución INDERENA 2793 de 1981, en los términos de lo previsto en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011”, se informa que, no se ha perdido ejecutoriedad de la Resolución en mención, teniendo en cuenta lo siguiente:*

* + - *La Ley 99 de 1993 en su artículo 98 ordenó la supresión y liquidación del INDERENA y determinó que dicha Entidad continuaría cumpliendo las funciones que su ley de creación le encomendó en todo el territorio nacional hasta cuando las Corporaciones Autónomas Regionales creadas y/o transformadas pudieran asumir plenamente las funciones definidas por la Ley 99 de 1993; proceso el cual debería cumplirse dentro de un término máximo de dos (2) años.*
		- *De conformidad con lo anterior, el permiso otorgado fue asumido por competencia por Cornare, y debido a que la generación de energía se constituye en un sistema interconectado, la Corporación en el marco de las competencias ha atendido los permisos ambientales de concesión de aguas para los diferentes puntos de captación, lo que significa que dicha resolución no ha perdido vigencia dado que estos se han ido renovando en el tiempo.*
		- *A la fecha, la Corporación cuenta con los siguientes expedientes y permisos vigentes para el asunto objeto de consulta:*

**

*”*

Adicionalmente en comunicación CS-04090-2023, radicado Creg E2023006394, la Jefe de Oficina Jurídica de Cornare indicó:

*“Una vez revisada la solicitud presentada, esta Corporación procede a informarle que la competencia de la Central Playas de las Empresas Públicas de Medellín, no fue asumida por esta Corporación, sino por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, entidad a la cual, se remitirá su petición con el fin de que se surta el trámite a que haya lugar.” (Sic)*

La CREG procedió entonces a formular la solicitud correspondiente a la Autoridad de Licencias Ambientales, ANLA, mediante comunicación S2023002344.

En comunicación con radicado a la solicitud, la ANLA en radicado 2023230013969, indicó:

*“En este orden de ideas, atendiendo a que el caudal ambiental es el "Volumen de agua por unidad de tiempo, en términos de régimen y calidad, requerido para mantener el funcionamiento y resiliencia de los ecosistemas acuáticos y su provisión de servicios ecosistémicos." (Decreto 50 de 2018, artículo 2) y al estar incluido en el permiso de concesión de aguas superficiales, es la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (CORNARE), quien debe pronunciarse respecto a la vigencia de la Resolución 2793 de 1981, teniendo en cuenta que, el seguimiento al permiso de concesión de aguas superficiales está en cabeza de dicha Corporación y las condiciones del caudal están asociadas al permiso en mención. Aclarando en este punto que, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales realiza el seguimiento a la actividad de generación de energía eléctrica.”*

Mediante radicado CREG S2023003089, con base en la respuesta de la ANLA, la dirección ejecutiva se dirigió nuevamente a Cornare solicitándole pronunciarse sobre la vigencia de la Resolución INDERENA 2793 de 1981.

Cornare, en comunicación CS-07510-2023 del 10 de julio de 2023, radicado CREG E2023013208, informó que:

*“A través del radicado ya referenciado, solicita a la Corporación concepto acerca de si la Resolución INDERENA 2793 de 1981, a través de la cual se ordenó a la Central Hidroeléctrica Playas el cumplimiento de un caudal ambiental de 1m3/s para el cauce natural del río Guatapé, corresponde a un acto administrativo que ha perdido ejecutoria.*

*En virtud de la solicitud formulada, es preciso conceptuar que, se trata de un acto administrativo expedido en el año 1.981, razón por la cual exigir su cumplimiento en la actualidad es oponible para las Empresas Públicas de Medellín – EPM, por mandato de lo establecido en el numeral 3 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, que establece que, los actos administrativos en firme perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*

*También vale la pena informar que, dicho proyecto se encuentra actualmente autorizado a través de Resolución 112-0051 del 19 de noviembre de 2002, a través de la cual se otorgó una concesión de aguas para la generación de energía eléctrica a los Empresas Públicas de Medellín, con NIT 890.904.996-1, a derivar del Río Negro.- Nare, para la represa Santa Rita en el Municipio de Alejandría, departamento de Antioquia, la cual es objeto de control y seguimiento por parte de Cornare. Lo anterior, debido a que el instrumento ambiental inicial, se encontraba vencido desde el año 1978.”*

Dado que se encontró que la respuesta de Cornare no era suficientemente clara puesto que admitía diferentes interpretaciones, la dirección ejecutiva de la Creg solicitó a dicha entidad aclarar el alcance de la respuesta dada.

En comunicación CS-11450-2023 del 2 de octubre de 2023, radicado CREG E2023017570, la Jefe de la Oficina Licencias y Permisos Ambientales de Cornare señaló que:

*“A través de este medio se procede a aclara que, a la luz de lo establecido en el numeral 3 del articulo 91 de la ley 1437 de 2011 y en cuanto a la concesión de aguas referida en su solicitud,* ***no es posible exigirle a las Empresas Públicas de Medellín el cumplimiento de un acto administrativo que según la norma se encuentra en situación de decaimiento en virtud de la referida causal.***

***De otro lado, una vez revisado el expediente del asunto, se concluye que la concesión de aguas referida, no tienen caudal ecológico que le sea exigible al titular, ni en este, ni en otro acto Administrativo****”* (Hemos destacado)

En tanto que la autoridad ambiental competente, luego de hacer los análisis pertinentes, afirma que no es posible exigir a EPM el cumplimento del caudal ambiental de la Resolución INDERENA 2793 de 1981, por haberse producido la pérdida de ejecutoria del acto, la Comisión encuentra que no puede verificarse la existencia de la discrepancia en los parámetros filtraciones y topología.

En consecuencia, la Comisión encuentra que debe reponerse la resolución impugnada para señalar que no se confirmó la existencia de discrepancias en los parámetros topología y filtraciones declarados para la Planta Playas para la subasta del cargo por confiabilidad del período 2022-2023.

Sin perjuicio de lo anterior, se reitera que, si bien las diferencias en la información declarada para el parámetro IHF no tienen efecto sobre la ENFICC, el valor debe ser corregido para que se declare el IHF que corresponde. Esto, si posteriormente a la fecha en que se realizó la auditoria por la firma HMV Ingenieros no se ha corregido dicho valor en la declaración de parámetros para el cargo por confiabilidad.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No. 1303 del 30 de diciembre de 2023, acordó expedir la presente Resolución;

**R E S U E L V E:**

**ARTÍCULO 1.** Reponerlo decidido en la Resolución CREG 501 034 de 2022 y en su lugar declarar que no se confirmó la existencia de discrepancias en el valor reportado por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para los parámetros filtraciones y topología que comprometen la ENFICC que respalda las OEF del período 2022-2023 para la planta Playas. Respecto del valor de IHF debe ser corregido; esto, si posteriormente a la fecha en que se realizó la auditoria de que trata los considerandos de esta resolución no se ha corregido dicho valor en declaraciones de parámetros para el cargo por confiabilidad.

**ARTÍCULO 2.** Ordenar el archivo de la actuación administrativa de que da cuenta el expediente 2021-054 (2023-146).

**ARTÍCULO 3.** Notificar la presente resolución al señor Jorge Andrés Carrillo Cardoso en su calidad de representante legal de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. o quien haga sus veces, advirtiéndole que contra las disposiciones contenidas en esta resolución no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá, D.C., el 30 de diciembre de 2023.

|  |  |
| --- | --- |
| **OMAR ANDRÉS CAMACHO MORALES** |  **OMAR FREDY PRIAS CAICEDO**  |
| Ministro de Minas y Energía | Director Ejecutivo  |
| Presidente |  |