



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 016 DE 2008

(13 FEB. 2008)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

LA COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS

en uso de sus facultades legales, en especial, las conferidas por la Ley 142 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas regular la prestación del servicio de gas combustible;

Que mediante Resolución CREG-066 de 2002, la Comisión de Regulación de Energía y Gas sometió a consideración de los agentes, usuarios y terceros interesados las bases sobre las cuales se definirá la fórmula aplicable a las diferentes actividades de la prestación del servicio público domiciliario de GLP;

Que mediante Resolución CREG 072 de 2005, la CREG sometió a consideración de agentes, usuarios y terceros interesados el Proyecto de Resolución por medio de la cual se establece la metodología general para calcular los Precios Máximos Regulados de suministro de GLP;

Que mediante Circular CREG 029 de 2007 se sometió a consulta el Documento CREG 034 de 2007 en el cual se presentó la propuesta regulatoria ajustada de acuerdo con los resultados de los estudios realizados y con las observaciones y sugerencias recibidas.

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No. 338 del día 19 de julio de 2007, acordó expedir la Resolución CREG 066 de 2007 *"Por la cual se establece la regulación de precios de suministro de GLP de Comercializadores Mayoristas a Distribuidores"*.

Que el Vicepresidente de Suministro y Mercadeo de ECOPETROL S.A., mediante escrito radicado en la CREG con el No. E-2007-007812 presentó Recurso de Reposición contra la Resolución CREG 066 de 2007.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Que el Vicepresidente de Suministro y Mercadeo de ECOPETROL S.A., presenta como argumentos del recurso de reposición textualmente los siguientes:

“1. Aspecto Generales

“Tal y como se concluirá del presente documento, el recurso de reposición ataca la Resolución CREG 066 de 2007, inicialmente desde una perspectiva de forma, pero fundamentalmente a partir de argumentos de fondo, que esperamos contribuyan para que la CREO ajuste su señal, de forma tal que se garantice la oferta eficiente del GLP.

“En ese sentido, para ECOPETROL es evidente que aún a pesar de que la forma de la Resolución incoada es en apariencia de carácter general, ésta está subjetivizada en la posición que dentro del mercado tiene ECOPETROL, e incluso, se limita con nombre propio a ésta, para las operaciones de importación, que se regulan de manera estricta.

“En ese sentido, la resolución de apariencia general, es de hecho una resolución de carácter individual y concreto, que afecta de (sic) especifica a ECOPETROL, sin que ECOPETROL haya tenido la forma efectiva de ejercer su derecho a la contradicción, ni a probar aquellos elementos sobre los cuales se solicita a la Comisión de Regulación de Energía y Gas el decreto de pruebas.

“Si bien la Comisión de Regulación de Energía y Gas solicitó la opinión de agentes y terceros interesados, estas observaciones no fueron acogidas, por lo menos en las partes esenciales, asunto que no solo perjudica a ECOPETROL y a los usuarios del servicio de GLP, sino que, por demás, beneficia de manera injusta e inequitativa a otros actores, tal y como se fundamentará en el presente recurso.

“Consideramos que la señal de precios inserta dentro de la Resolución CREG 066 de 2007, se toma además con información en algunos casos incompleta, y en otros completamente equivocada; asunto que de ratificarse implicará la salida de ECOPETROL del mercado, y la entrada de nuevos agentes, estos si, con libertad de precio y total poder de mercado.

“Para efectos de sustentar el recurso entonces, el recurso se divide en dos grandes partes, de la siguiente manera: Una primera, que desarrolla los argumentos de forma, que fundamentan no solo la naturaleza real de la Resolución, sino la procedencia del presente recurso. Una segunda que se concentrará en los argumentos de fondo, de la siguiente manera:

“2. Naturaleza de la Resolución CREG 066 de 2007 y procedencia del Recurso de Reposición

2.1 Contenido de la Resolución CREG 066 de 2007

ap

RS

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPEPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

"Tal y como se lee del texto de la Resolución CREG 066 de 2007, ésta regula la posición única y exclusiva de EGOPEPETROL, en su calidad de propietario u operador de las Refinerías de Cartagena, Barrancabermeja y Apiay.

"En efecto, el regulador, a través del artículo 3 de la Resolución en comento, determina el precio del GLP producido en las refinerías de Barrancabermeja y Apiay, de la siguiente manera:

"ARTICULO 3. PRECIO MÁXIMO REGULADO DE SUMINISTRO DE GLP PRODUCIDO EN LA REFINERIA DE BARRANCABERMEJA Y EN EL CAMPO DE APIAY. El Precio Máximo Regulado, en pesos por kilogramo, del GLP producido en la refinería de Barrancabermeja y en el campo de Apiay, aplicable al suministro efectuado en el mes *m* se calculará mediante la siguiente fórmula:

"...

"Dentro del mismo texto, definió el precio máximo regulado del GLP producido en la refinería de Cartagena, de la siguiente manera:

"ARTICULO 4. PRECIO MÁXIMO REGULADO DE SUMINISTRO DE GLP PRODUCIDO EN LA REFINERIA DE CARTAGENA. El Precio Máximo Regulado, en pesos por kilogramo del GLP producido en la refinería de Cartagena, aplicable al suministro de GLP efectuado en el mes *m* se calculará mediante la siguiente fórmula:

"...

Parágrafo. La fórmula establecida en el presente artículo aplica para el GLP de la refinería de Cartagena, mientras la comercialización del mismo esté bajo la responsabilidad de ECOPEPETROL. Cuando, en razón a la nueva situación de control de este centro de producción, el beneficiario real de la comercialización de sus productos no sea mayoritariamente ECOPEPETROL ni dicha comercialización esté bajo responsabilidad y control de ECOPEPETROL en forma directa ó indirecta, se aplicará para el GLP de la refinería de Cartagena lo dispuesto en el artículo 5° de esta resolución."

"Posteriormente, y frente a las operaciones de importación de GLP que realice ECOPEPETROL, el regulador señaló:

"ARTICULO 6. PRECIO MÁXIMO DE VENTA O SUMINISTRO PARA EL GLP IMPORTADO POR ECOPEPETROL. El precio máximo de venta o suministro del GLP importado por ECOPEPETROL con destino al servicio público domiciliado será aquel equivalente al costo de dicha transacción establecido en los respectivos registros de importación más un margen por concepto de comercialización igual al ocho por ciento (8%)."

"Tal y como se desprende de los textos antes transcritos, la CREG reguló de manera particular, concreta y personalizada a ECOPEPETROL, de la siguiente manera:

- a. Al referirse a las refinerías de Barrancabermeja y Apiay, de la cual es propietario y operador directo, asunto que es conocido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

- b. Al referirse a la refinería Cartagena, respecto de la cual es un simple operador, situación esta que la CREG utiliza para regular el precio de la refinería, propiedad de la sociedad Refinería de Cartagena S.A., en la cual ECOPETROL es un accionista minoritario, y cuyas decisiones están sujetas a parámetros definidos por la misma sociedad.
- c. Al referirse a las operaciones de importación que realice ECOPETROL.

“De acuerdo con lo anterior, las resolución en comento, es una de carácter particular, concreto y personalizado, y no un acto de carácter general y abstracto, como pretende la Comisión de Regulación de Energía y Gas, violando de paso los requisitos establecidos por el Código Contencioso Administrativo, y evitando la notificación propia de los actos de carácter particular, y necesaria para el ejercicio al debido proceso, según se fundamenta a continuación:

“2.1.1. Naturaleza particular y concreta de la Resolución CREG 066 de 2007

“En la doctrina reconocida, se encuentran diversas clasificaciones de los actos administrativos; una de ellas es la relativa al contenido material del acto. El autor Libardo Rodríguez R. en su obra *“Derecho Administrativo General y Colombiano”* ha manifestado:

“De la aplicación del criterio material para calificar las funciones y los actos del Estado, resulta que los actos de la administración pueden ser generales o individuales.

Los actos generales o actos creadores de situaciones jurídicas generales, objetivas o reglamentarias, son aquellos que se refieren a personas indeterminadas. Por ejemplo, los decretos reglamentarios.

Los actos individuales o actos creadores de situaciones jurídicas individuales, subjetivas o concretas son los que se refieren a personas determinadas individualmente.”

“Es preciso anotar, que el concepto de determinación o indeterminación de los individuos sobre los cuales recaen los efectos del acto administrativo, hace referencia a la individualización de las personas que afecta.

“A su turno, la Corte Constitucional ha abordado la clasificación estudiada, determinando que los actos generales se caracterizan por sus contenidos abstractos e impersonales y los actos particulares se identifican por sus contenidos subjetivos y concretos que afectan un individuo en particular, en los términos citados a continuación:

“(…) los actos administrativos, por disposición del legislador, admiten dos formas concretas de publicidad, su publicación en el Diario Oficial, gaceta o cualquier otro medio oficial de divulgación, si se trata de contenidos abstractos u objetivos, esto es impersonales, y la notificación, si se trata de contenidos subjetivos y concretos que afectan a un individuo en particular, o a varios identificables y determinables como tales, (...)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“Ahora bien, la ley ha previsto un tratamiento diferente de los actos administrativos según se califiquen en actos generales o individuales, principalmente en lo relativo a la forma de publicitación y a la aplicación del principio de contradicción administrativa, entre otros aspectos.

“2.1.1.1. Diferenciación en cuanto a la forma de publicitación

“Con respecto a la publicitación de los actos, corresponde a la administración iniciar los procedimientos administrativos indispensables para dar a conocer sus decisiones.

“La publicidad se traduce, desde el punto de vista de los procedimientos administrativos, en la necesidad de dar a conocer las decisiones mediante comunicaciones, notificaciones o publicaciones. Es más, la eficacia jurídica de los actos administrativos depende directamente de los efectivos y legales procesos de publicidad⁴.

“La ley ha determinado dos formas de publicidad de los actos administrativos, a saber:

“(i) En lo concerniente a los actos generales, los mismos deberán publicarse según lo dispone el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

(...)”

“(ii) Para los actos individuales, la legislación dispuso que deberán notificarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44 ibídem:

“Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

(...)”

“Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido que *“La notificación de los actos administrativos que crean extinguen o modifican un derecho particular y concreto, es la forma por excelencia como se materializa el derecho de defensa, toda vez que por medio de ella, se coloca el administrado en situación de conocer la definición gubernativa para consentir en ella o impugnarla, según sea el caso.*

(...)”

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPELROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“En este sentido, la notificación personal de los actos particulares se encuentra íntimamente relacionada con el derecho de contradicción de las decisiones administrativas, el cual desarrollaremos a continuación.

2.1.1.2 Diferenciación en cuanto a la aplicación del principio de contradicción.

“El principio de contradicción es el vehículo por medio del cual el derecho de defensa obtiene eficacia material, es la capacidad del administrado de rebatir las decisiones que adopta la administración y que lo afectan directamente.

“El principio citado se desarrolla mediante la vía gubernativa, la cual se ha definido doctrinariamente como el sistema de recursos que se siguen ante la Administración para que ésta revise sus propios actos, reflexione sobre su decisión y, si es del caso, los modifique adicione aclare o los revoque⁵.

“El artículo 50 ibídem ha consagrado que por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas proceden los recursos de reposición, apelación y queja.

“Sin embargo, el artículo 49 ibídem establece:

“No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámites, preparatorios, de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”.

“En efecto, los recursos de la vía gubernativa solo proceden contra los actos de carácter individual como expresión del derecho de defensa, en la medida que estos crean, modifican o extinguen un derecho particular y concreto, excluyendo de este ejercicio a los actos generales.

“Lo anterior adquiere connotada importancia en aplicación del artículo 62 ibídem, el cual regula la firmeza de los actos administrativos, así:

“Los actos administrativos quedarán en firme:

- 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.*
- 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.*
- 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.*
- 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos”.*

“Así las cosas, se observa que los actos de carácter general cobran firmeza desde el momento de su publicitación en los términos definidos en la ley; por el contrario, para obtener plena eficacia los actos particulares requieren además de la notificación personal, el agotamiento previo de la vía gubernativa.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

"2.2. La Resolución 066 de 2007 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, es un acto de carácter particular

"Aunque la prescrita resolución se presenta como un acto general, en la medida que su contenido es de carácter subjetivo al modificar un derecho particular y concreto en cabeza de ECOPETROL, se constituye en un acto administrativo de carácter particular.

"En efecto, la CREG inició una actuación administrativa en cumplimiento del deber legal de regular los monopolios en la prestación del servicio público domiciliario de gas, cuando la competencia no sea, de hecho, posible, tal como lo prevé el Artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

"La señalada actuación, se encontraba en caminata (sic) a establecer formulas para fijar las tarifas para la prestación del servicio público de gas combustible.

"Como se observa en el presente caso, la comercialización mayorista con destino al servicio público domiciliario del GLP, es, según la CREG, un monopolio en cabeza de ECOPETROL, por lo que la determinación de las tarifas por parte de la administración, es un acto que sin lugar a dudas afecta directamente los derechos de la empresa.

"Sobre el particular, el artículo segundo de la resolución 066 de 2007 expedida por la CREG, dispone lo siguiente:

"Esta Resolución se aplica a todas las personas que, estando organizadas en alguna de las formas dispuestas por el Título I de la Ley 142 de 1994, ejerzan la actividad de comercialización mayorista de GLP con destino al servicio público domiciliario y a partir de la fecha en que se encuentren en firme las resoluciones que aprueben los cargos de Transporte de Gas Licuado del Petróleo (GLP) asociados al sistema de poliductos y propanoductos utilizados a la fecha para el transporte de GLP, así como la resolución que adopte la metodología para la regulación de la transición en la remuneración del almacenamiento de los actuales Comercializadores Mayoristas de GLP".

"En este sentido, la resolución citada se encuentra dirigida a regular las personas que ejercen la actividad de comercialización mayorista del GLP con destino al servicio público domiciliario, por lo que la misma afecta directa y exclusivamente a ECOPETROL al ejercer dicha actividad en calidad de agente monopólico.

"Además, ECOPETROL se encuentra plenamente individualizado dentro del cuerpo de la resolución, tanto de forma indirecta al regular los precios del GLP provenientes de las tres refinerías, dos de las cuales de su exclusiva propiedad, como de forma directa al referirse explícitamente a la empresa dentro del articulado.

"En primer lugar, la individualización indirecta se evidencia dentro del texto de los artículos tercero y cuarto de la resolución 066 de 2007 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“Tal y como se explicó con anterioridad, las refinerías de Apiay y Barrancabermeja son propiedad de ECOPETROL; en tanto que la Cartagena, es operada bajo instrucciones por ECOPETROL, por lo tanto, la determinación de los referidos bienes se configura en una referencia indirecta, que se traduce en un señalamiento inequívoco de la empresa como sujeto al cual se dirigen los efectos del acto administrativo analizado.

“En segundo lugar, la CREG hace referencia directa a ECOPETROL dentro del párrafo del artículo 4 y el artículo 6 de la resolución 066 de 2007

“Es evidente que el regulador está indicando, con nombre propio, a la persona a la cual se dirige los efectos jurídicos del (sic) la resolución y en esta medida, se constituye en un acto de carácter particular.

“Así las cosas, la resolución 066 de 2007 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas es un acto administrativo subjetivo, que modifica un derecho particular y concreto en cabeza de ECOPETROL, desde el punto de vista formal, al individualizar a la empresa de forma directa e indirecta dentro del articulado del mismo; como desde el punto de vista material, al determinar las tarifas de la actividad de comercialización mayorista del GLP con destino al servicio público domiciliario que ECOPETROL ejerce como monopolio.

“2.3. La resolución 066 de 2007 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, es inoponible a ECOPETROL.

“La resolución referenciada al constituirse en un acto subjetivo debía ser notificada conforme lo establece el artículo 44 del código Contencioso Administrativo, actuación que no se surtió.

“Al respecto de la omisión de la administración sobre la publicitación de los actos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

“La falta de publicación o de notificación de un Acto Administrativo de contenido general o particular, no implica su inexistencia sino que, simplemente, no puede producir efectos...”⁷

“A su turno, el autor Jaime Orlando Santofimio, sostiene:

“La falta de publicación o notificación de un Acto Administrativo o la deficiencia en las misma implicará que no se tenga por hecha la publicación o notificación y, en consecuencia, no producirá efectos legales el acto Administrativo en cuestión;(...)⁸”

“El artículo 48 del Código Contencioso Administrativo ordena:

“Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.”

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“En este sentido, la resolución 066 de 2007 expedida por la CREG es inoponible a ECOPETROL, ya que la misma no se notificó personalmente a la empresa.

“Ahora bien, la eficacia del acto analizado podría eventualmente devenir con ocasión a la notificación por conducta concluyente; no obstante lo anterior, ésta no opera dentro del presente caso, toda vez que no se configuran ninguno de los presupuestos legales para su procedencia. Conforme lo dispone el artículo 48 ibídem, es necesario que el administrado convenga en el contenido del acto administrativo, situación que no se configura dentro del presente caso; o que se utilice en tiempo los recursos legales, los cuales no pueden ejercerse porque contra la precitada resolución no proceden los recursos de la vía gubernativa.

“En relación a la improcedencia de la vía gubernativa contra un acto particular, la doctrina ha manifestado lo siguiente:

“En el texto de toda notificación, como lo establece el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo, deberá indicarse a la persona interesada los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante las cuales deben interponerse y los plazos para hacerlo. La no observancia de este precepto implicaría eventualmente que la administración está perturbando o impidiendo el normal ejercicio de los controles gubernativos y de las acciones contenciosas administrativas. Desde este punto de vista se configurada lo dispuesto en el inciso final del artículo 135 del código Contencioso Administrativo, con las modificaciones introducidas por el artículo 22 del decreto 2304 de 1989. Esto es, no se estaría dando oportunidad de defensa adecuada, razón por la cual se puede acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa de manera directa”

“Así las cosas, la resolución de 2007 expedida por la CREG es inoponible a ECOPETROL por no haberse publicitado la misma con sujeción a los términos señalados en la ley, además no procede la notificación de dicho acto por conducta concluyente y al no poder ejercerse los recursos de la vía gubernativa, podrá acudirse de forma directa a la Jurisdicción Contenciosa conforme el artículo 135 ibídem.

“3. Argumentos de fondo que fundamentan la modificación del marco regulatorio

“3.1. Aspectos generales

“Desde la perspectiva teórica, la regulación económica se entiende como una herramienta moderna de intervención del Estado en la economía, que en sus sentido más amplio, busca dar una solución a las imperfecciones del mercado, y según se acepta hoy en día, tomar las medidas necesarias para que en el mediano y largo plazo, se generen los espacios de competencia suficientes para el funcionamiento autónomo de los mercados.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“En estricto sentido, la regulación económica se diferencia de otros mecanismos de intervención económica, en que ésta parte de unos fundamentos económicos y técnicos, comprobables, que aseguran que las señales involucradas en el cuerpo normativo que materializa la regulación, sean aceptadas e implementadas por los agentes.

“Un primer supuesto básico de la regulación, es que los agentes de un mercado son racionales, desde el punto de vista económico, esto es, que son capaces de ordenar las opciones a las que se enfrentan, y escoger aquella que más favorezca a sus intereses.

“Un segundo supuesto básico, es que las empresas sobre las cuales recae una parte de la regulación, buscan maximizar sus beneficios, y en ese sentido, su racionalidad está dada fundamentalmente por un incentivo económico de hacer, dejar de hacer o implementar una determinada acción.

“Estos dos supuestos anteriores permiten afirmar que un agente se encuentra en libertad de escoger la mejor opción, dentro de las diferentes posibles en un marco regulatorio.

“Finalmente, un tercer supuesto, es que la regulación debe considerar las realidades económicas con las que se desarrollan los mercados, aún y cuando éstas sean imperfectas, para diseñar esquemas que las corrijan y, que al mismo tiempo sean opciones viables para los agentes involucrados.

“ECOPETROL, a partir de la expedición del Decreto 1760 de 2003, es una sociedad por acciones, de naturaleza anónima, que opera dentro de diferentes mercados, y que no tiene obligaciones públicas propias del Estado a su cargo, asunto que fue expresamente ratificado por la Ley 1118 de 2006.

“Lo anterior implica necesariamente, que ECOPEOTROL no tenga obligaciones de abastecimiento respecto del mercado, y en ese sentido, debe actuar de forma racional, considerando las diferentes señales de precio que se presenten por parte de los diferentes segmentos de demanda que se atiendan.

“Como se verá, la Resolución CREG 066 de 2006, tendría como efecto que ECOPEOTROL no pueda participar en la atención del mercado de consumo sujeto a la regulación de la CREG, y posiblemente se presente un desabastecimiento de producto, derivado de la falta de capacidad instalada.

“Al mismo tiempo, creemos que la regulación propuesta, afecta de manera injusta, desproporcionada e irracional a ECOPEOTROL, en beneficio de agentes que simplemente se han limitado a manifestar su intención de entrar al mercado, todo lo cual fundamento de la siguiente manera.

“3.1.1. Visión del Mercado Actual

“Como lo reconoce la Comisión de Regulación de Energía y Gas dentro de los documentos puestos a consideración a los agentes, la demanda de GLP viene

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

descendiendo de manera importante durante los últimos años, fenómeno que se explica en parte por los acelerados niveles de penetración del gas natural, y en parte por la falta de promoción del combustible en cabeza de los agentes encargados de su comercialización.

“La reducción de la demanda, es más acentuada en los centros urbanos, donde tiene presencia el gas natural a través de la infraestructura de transporte, y recientemente a través de la introducción de tecnologías como el gas natural comprimido.

“En este sentido, el mercado regulado actual del GLP, se centra fundamentalmente en los centros urbanos periféricos y evidentemente en el sector rural, donde no existe posibilidad de que el gas natural pueda atender el servicio.

“Al mismo tiempo, y considerando el desarrollo de los mercado energéticos internacionales, nuevas demandas no sujetas a la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, empiezan a tomar interés en el producto como tal, diferenciándose de la demanda regulada, fundamentalmente por la mayor disposición a pagar.

“En ese sentido, el GLP como materia prima, está siendo valorado por la industria petroquímica, que tiene una vocación fundamentalmente exportadora, asunto al que la Comisión de Regulación de Energía y Gas hizo referencia en su comunicación, pero que no consideró en la formulación de la propuesta.

“La oferta por su parte, debe orientarse por las señales de mercado, lo que implica fundamentalmente, que no le asiste al productor la obligación de atender el mercado, asunto que no era tan claro en el marco tarifario pasado, y que pareciera repetirse en la Resolución CREG 066 de 2007.

“Desde el punto de vista de la estructura industrial, la Oferta está centrada, como lo afirma la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en tres centros principales de producción.

“De un lado, la refinería de Cartagena, respecto de la cual ECOPETROL llegó a arreglos con socios estratégicos, conservando facultades temporales de operación sujeta a las instrucciones definidas en el Contrato de Operación, y sujeta a las metas y objetivos definidos por la Sociedad Refinería de Cartagena S.A.

“Contrario a lo que la CREG asume, aún a pesar de que ECOPETROL tiene la operación y las funciones de comercialización, no determina la política comercial, no tiene el control para determinar a quien vende, ni mucho menos para la definición de precios, facultades que son necesarias para poder sustentar una posición dominante.

“De otro lado, la refinería de Barrancabermeja, como todos los activos de ECOPETROL, debe destinar su capacidad instalada a los productos respecto de

Mo

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

los cuales obtiene el mayor beneficio, criterio con el cual se decidieron los contratos suscritos con la industria petroquímica actualmente vigentes.

“Esta breve descripción del mercado, plantea varios interrogantes a la Resolución CREG 066 de 2007, particularmente por lo siguiente:

“En lo que tiene que ver con la estructura de la Industria, en la medida que ECOPETROL no controla de manera directa la operación de la refinería de Cartagena, y que en ese sentido un nuevo agente estaría al tanto de la producción de los diferentes líquidos para el mercado nacional o internacional; esto implica que ECOPETROL no sea un monopolista, o que por lo menos la Comisión de Regulación de Energía y Gas deba analizar sobre que segmentos de la demanda tiene una función monopólica, asunto que claramente no fue considerado.

“Al mismo tiempo, debe tener en cuenta la competencia por la capacidad instalada de producción, en donde es claro que existen actores dentro de ciertos sectores de demandas, que no son regulados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y que tienen una mayor disposición a pagar por los productos derivados de la capacidad instalada.

“Lo anterior implica necesariamente, que el regulador, a través de la señal de precios regulada que incluyó en la Resolución 066 de 2006, esté no solamente perjudicando a ECOPETROL frente a la forma como debe atender esa demanda regulada, sino que adicionalmente le impide competir en las mismas condiciones, que otros agentes del mercado.

“Racionalmente, ECOPETROL debe analizar todas las alternativas posibles, y destinar su capacidad instalada a aquel agente que tenga la mayor disposición a pagar.

“En la medida que la demanda sujeta a regulación de la CREG, no tenga las herramientas para competir por la capacidad instalada, u opciones reales de importación, se enfrentaría a un desabastecimiento.

“3.2. Elementos que fundamentan la modificación de la Resolución CREG 066 de 2007

“De acuerdo con lo anterior, a continuación se exponen los argumentos sobre las cuales se justifica la petición de modificación, asumiendo, como resulta obvio, que la información y los argumentos contenidos en el Documento CREG 034 de 2006, fueron los que tuvo en consideración la CREG, para la implementación de la señal tarifaria, todo lo cual me permito mostrar de la siguiente manera:

“3.2.1. Incoherencia entre la señal de precio y la calidad del producto

“Es importante anotar que el precio que rige en la actualidad, no tiene asociada una calidad específica de producto, es decir, no refleja una composición química determinada.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPEPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“Lo anterior, desde el punto de vista del agente, implica que durante años, el Productor no ha tenido ningún tipo de señal para "mejorar" la calidad del producto y en ese sentido, tampoco ha sido provisto del capital suficiente para realizar las inversiones para producir un producto de una calidad específica.

“Sin perjuicio de lo anterior, tal como la Comisión de Regulación de Energía y Gas lo expone en el Documento CREG 034, a nivel internacional no existe una calidad determinada; por el contrario, lo que existe son una variedad de productos, con condiciones químicas diferentes, que buscan acomodarse a las necesidades del mercado que pretenden atender, según la características de la infraestructura.

“En el documento CREG 034, el regulador concluye, con razón, que la calidad del producto debe estar referida al cumplimiento de Norma Técnica NTC 2303, asunto con el cual ECOPEPETROL está plenamente de acuerdo, y en disposición de acatar, en las condiciones previstas en la misma.

“Sin embargo, y muy a pesar de que el regulador de manera expresa acepta el carácter vinculante de la Norma Técnica, impone una calidad del producto diferente, al remunerar de acuerdo con la composición química de un producto teórico.

“El regulador en ese sentido, está definiendo un precio que puede o no reconocer las condiciones reales del producto que se vende, y en su calidad de precio teórico, puede afectar la oferta o la demanda según el caso.

“Afirmamos que la señal de precios, tal y como está en la Resolución CREG 066, resulta contraria a la ley 142 de 1994, en lo que a este punto se refiere, por las siguientes razones, las cuales solicito se consideren para la modificación del acto administrativo de la referencia:

“3.2.1.1. Violación al artículo 87.8 de la Ley 142 de 1994

“Señala el artículo 87.8 de la ley 142 de 1994, lo siguiente:

“ARTICULO 87- Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifado estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.”

“...”

87.8. - Toda tarifa tendrá un carácter integral, en el sentido de que supondrá una calidad y grado de cobertura del servicio, cuyas características definirán las comisiones reguladoras. Un cambio en estas características se considerará como un cambio en la tarifa.”

“Contrario al criterio que maneja el regulador, para determinar el precio que se define en los artículos 3 y 4 de la Resolución que se demanda, la ley parte del supuesto según el cual, existe un precio asociado a una calidad del producto, asunto que implica de un lado un derecho del agente que provee el servicio

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

para ser regulado, y de otro lado, unos parámetros dentro de los cuales debe ejercerse la función de regulación.

“En efecto, tal y como se desprende del texto del Documento CREG 034, la calidad del producto es una asunto dinámico, que obedece, entre otros aspectos, a las características de la capacidad instalada, al estado de la refinería, etc.

“Los artículos señalados, imponen unas características determinadas al producto de la refinería, que pueden no coincidir con la realidad, y que sin duda desconocen la dinámica de producción.

“Cuando quiera que la calidad impuesta por el regulador, difiera de alguna manera de la calidad efectiva del producto, la norma estaría violando el artículo 87.8 de la ley 142 de 1994, en perjuicio o bien de ECOPETROL, o bien de los usuarios.

“3.2.1.2 Violación al artículo 87.4 de la ley 142 de 1994

“Consideramos además que los artículos 3 y 4 violan el mandato establecido en el artículo 87.4 de la ley 142 de 1994, cuyo texto señala lo siguiente:

“ARTICULO 87.- Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

87.4.- Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.” (Se resalta)

“Del aparte resaltado, es evidente que el regulador tiene una obligación que le impide tomar decisiones, como aquellas consignadas en los artículos 3 y 4 de la Resolución atacada, por cuanto, al definir vía regulación, una composición determinada de butano y propano, está ignorando las facilidades que provee la tecnología, y que permitirían determinar con exactitud la calidad del producto destinado al mercado.

“En efecto, ECOPETROL cuenta con medidores de calidad en cada una de las refinerías de su propiedad, así como de la (sic) Cartagena, que le permiten establecer la calidad de todos los líquidos allí producidos.

“Esta herramienta tecnológica, es sin duda una herramienta que evita asumir calidades del producto a través de la regulación, garantiza que el consumidor

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPEPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

pueda conocer lo que compra, y representa una alternativa, que se ajusta de mejor manera, al criterio tarifario antes mencionado.

“3.2.1.3. Violación al artículo 146 de la ley 142 de 1994

“Como es de conocimiento del regulador, uno de los grandes avances de la ley 142 de 1994, en materia de servicios públicos, tenía que ver con la introducción de criterios estrictos de medición, que le permitan conocer al usuario, las calidades de los productos que son proveídos en un servicio público.

“En ese sentido, artículo 146 de 1994 (sic), señala que la medición, es una obligación, tanto para la empresa como para el usuario, convirtiéndose de esa manera en el factor de intercambio entre el prestador del servicio y el receptor del mismo. En efecto, el artículo en mención señala:

“ARTICULO 146. La medición del consumo, y el precio en el contrato. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.”

“La señal que impone el regulador, viola la norma trascrita, toda vez que ignora aquello que la técnica pone a disposición de los agentes de la cadena, e impide que se pueda medir de manera efectiva, la composición del producto que vende ECOPEPETROL.

“La ausencia de una medición de la calidad, implica, como se dijo con anterioridad, que no exista certeza de que es lo que se entrega, y en ese sentido, de si el precio corresponde efectivamente con el producto entregado.

“La definición por resolución de la composición química del producto, implica, negar la aplicación del derecho que tiene, tanto empresa como usuario, a que sus productos y consumos se midan, de acuerdo con los instrumentos que el estado de la técnica provean.

“3.2.1.4. Violación al derecho de propiedad

“Como puede resultar obvio de todo lo anterior, es evidente que, ante el contenido de los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 066 de 2007, cuando la composición química del producto real difiera de aquella que impone el regulador, se producirá un perjuicio, bien en contra de la empresa o del usuario.

“Cuando la diferencia entre el producto real y el parámetro regulatorio, perjudique a ECOPEPETROL, se estaría violentando su derecho de propiedad, ya que el regulador no estaría reconociendo el valor real del producto entregado, y en ese sentido, una violación al derecho de propiedad (sic).

“El regulador debe ser absolutamente consiente (sic) que una regulación de precios, como aquella que involucra en los artículos 3 y 4 de la Resolución

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

CREG 066 de 2007, es una intervención extrema, que ubica a ECOPETROL en un Régimen de Libertad Regulada, para la cual, el regulador requiere proveerse de mucha información, tal que le permita acertar en la señal por la que se decida.

“La definición de una composición química determinada, a través de una resolución, sobre el producto que vende ECOPETROL, no es adecuada, porque ésta se toma con base en información parcializada, e ignora que las condiciones son dinámicas.

“En otras oportunidades, el regulador, frente a este problema de asimetría de información, ha dicho lo siguiente:

“Los problemas de los tres métodos son varios. Por el lado de la oferta, al igual que todos los estudios que basan su éxito en la correcta estimación de costos, la información es muy importante. No sólo la información actual sino los costos futuros y proyecciones de oferta son vitales para poder hablar de largo plazo”¹⁰

“El regulador se equivoca en la señal y su error le puede implicar costos importantes a ECOPETROL o a los usuarios, que son indeseables, especialmente si existen mecanismos de medición que obvian el tema.

“3.2.1.5 Propuestas

“Creemos en ese sentido que el Productor, debe ser remunerado de acuerdo con las calidades reales del producto, como ocurre en un mercado en competencia, el cual teóricamente debe procurar el regulador a través de la señal tarifaria.

“Para el efecto, el regulador debe considerar que ECOPETROL tiene instrumentos de medición, tanto de calidad como cantidad, sobre los cuales debería sujetarse la regulación, y no sobre supuestos de calidad, cuyo fundamento no es del todo claro, y sobre todo, puede contradecir la realidad.

“3.3. Respecto de la “Revisión balance oferta Demanda de GLP” y de la falta de señal de mercado

“Como consta dentro del documento 034 de 2006, y como de manera reiterada lo ha manifestado ECOPETROL a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, las cuentas de balance que se incluyen en el documento, no son ciertas, no están soportadas en la realidad, y en ese sentido, no deberían ser consideradas, para definir el marco regulatorio.

“Sin embargo, creemos que la discusión del punto en particular, no resulta relevante, si se tiene en cuenta los objetivos de la regulación, en un mercado que evoluciona, como es el de GLP, deben considerar el cambio en las circunstancias derivada del desarrollo de los mercados.

“En efecto, la Comisión de Regulación de Energía y Gas sustenta el precio de referencia del producto, a una sobreoferta o a una mayor capacidad instalada.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

respecto de la demanda, y asume adicionalmente la existencia real de importaciones, así como la entrada de nuevos jugadores.

“Contrario al supuesto del cual parte la CREG, la señal regulatoria no puede depender exclusivamente de las circunstancias puntuales del mercado en un momento de la historia, y mucho menos de las expectativas que como lo acepta el mismo regulador, a la fecha no se han dado.

“La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en ese sentido no valora de manera suficiente, la realidad del mercado, y la existencia de agentes no sujetos a regulación, que vienen solicitando que se les destine una mayor capacidad instalada, lo que en la práctica implicaría, desabastecer los mercados que regula la CREG.

“En la actualidad, es posible afirmar que no existe posibilidad real de atender el mercado de GLP para el año 2008, situación que se agravaría si se tiene en cuenta la creciente demanda por parte de la industria de propileno.

“Si bien es claro que los niveles de penetración de la industria del gas natural son importantes, debe considerarse al mismo tiempo que en la actualidad, y derivado de las señales incluidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas a través del ejercicio de la función regulatoria, no existe capacidad de suministro en firme en el Mercado Primario de gas natural, asunto que debería tener unos efectos en el mercado, particularmente en la demanda.

“Así mismo, es evidente el creciente interés que existe sobre la capacidad instalada por parte de la industria del propileno, la cual podría desarrollarse con mayor dinámica, que la disminución en las demandas de GLP del mercado regulado.

“Esto implicaría que las condiciones sobre las cuales el regulador pretende formular la señal, no se ajustarían al desarrollo del mercado, y podría generar una situación de desabastecimiento súbito.

“Dada la señal de importación que el regulador determina, y sin duda considerando el precio que rige en la actualidad, ECOPETROL no tendría las señales para importar GLP, ni siquiera con el margen que calculó de acuerdo con las cifras proporcionadas por la Superintendencia de Sociedades.

“Nótese que la fuente de información con base en la cual la Comisión de Regulación de Energía y Gas construyó la regla de importación, no es válida, toda vez que el único agente que ha importado GLP es ECOPETROL; pretender, como lo hizo la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que el margen de importación a ECOPETROL sea igual al de la industria que se dedica fundamentalmente a la comercialización de otros líquidos, altamente transables, resulta ser por lo menos una suposición gruesa, que para ECOPETROL implica la inviabilidad del negocio.

“De otro lado, ni ECOPETROL ni el país, cuenta con una infraestructura de importación de GLP, que permita considerar esa figura como un sustituto del producto nacional; esto implicaría que, a pesar de existir una clara libertad de importación del producto para cualquier agente, a un precio libre, ésta no se

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

daría con la facilidad que la Comisión de Regulación de Energía y Gas asume, y en cualquier caso y como se verá, no se hará de forma oportuna, derivado de la inexistencia de una verdadera señal de escasez.

“ECOPETROL, al tener el precio de importación regulado, no podría incluir dentro del mismo, las inversiones necesarias para la importación del producto, ni el costo de oportunidad de la infraestructura que se destine de forma esporádica para el asunto.

“Legalmente consideramos que la resolución debe ser revocada y modificada, considerando los siguientes argumentos:

“3.3.1. Violación al artículo 3 y 74.1 de la Ley 142 de 1994, (Falsa Motivación)

“Como seguramente conocen los miembros de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la regulación económica se diferencia de otros mecanismos de intervención del Estado, fundamentalmente en que el carácter técnico de sus actuaciones y en la comprobación de las situaciones que lo justifican.

“Este principio, que si bien resulta obvio del concepto mismo de regulación económica, está incluido de forma expresa por el legislador en el artículo 3 de la Ley 142 de 1994, cuyo texto señala lo siguiente:

“ARTICULO 3. Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley especialmente las relativas a las siguientes materias:

“...”

Todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobables.”

“En el caso que nos ocupa, como se señaló con anterioridad, el regulador asume que en el mercado existe una sobreoferta y que en ese sentido, ECOPETROL como agente supuestamente monopólico, tiene un poder de mercado importante.

“El supuesto como tal, tiene gravísimas contradicciones fácticas y problemas desde el punto de vista de señal económica.

“En efecto, desde el punto de vista factico, el mercado nacional no podrá ser abastecido por ECOPETROL, fundamentalmente porque la señal de precios actualmente vigente, permite que segmentos de demanda, como la industria petroquímica, pueda proponer precios por el producto, mayores a aquellos que el regulador dispone como señal económica para los usuarios regulados.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“La capacidad actualmente instalada de ECOPETROL, es insuficiente para atender de manera adecuada la demanda del año 2008, y de aplicarse la señal de precios definida en la Resolución 066, esta circunstancia no se reflejaría necesariamente en las condiciones de mercado (precio), sino, por el contrario, en un desabastecimiento de la demanda.

“Esta situación permitiría afirmar que el regulador, no estaría garantizando que la señal económica garantice una oferta energética eficiente en materia de GLP, e implicaría que ECOPETROL no tendría un criterio claro de asignación del producto disponible.

“Es evidente adicionalmente, que la señal inducida en la Resolución 066 de 2007, se toma con base en una circunstancia puntual, que además de ser incorrecta, no es dinámica, y por ende, impide que los agentes - incumbentes y entrantes - puedan tomar las medidas del caso.

“3.4. Posición respecto de la “Posición Dominante y Promoción de la Competencia” y precios

“Creemos que la Comisión de Regulación de Energía y Gas debe considerar dentro de su análisis, para encontrar las razones por las cuales ECOPETROL ha sido el único proveedor de GLP en el país, las siguientes:

“En primer lugar, es evidente que el precio actual no refleja condiciones de mercado de ningún tipo, mucho menos de los mercados de referencia internacionales que proveerían el producto para una eventual importación.

“En ese sentido, no había posibilidad alguna que un agente diferente de ECOPETROL, asumiera dichas operaciones, siempre como mecanismo de carácter excepcional, conducta ésta que estaba asociada sin duda alguna, a los deberes que para la época tenía ECOPETROL.

“Lo anterior plantea serios retos para el regulador.

“En efecto, en la medida en que la señal de precios interna, no refleje razonablemente una señal de escasez o abundancia, según las condiciones del mercado, no habrá incentivo a la importación, fundamentalmente porque el atacante que importa, percibiría una barrera de entrada.

“La inexistencia de verdaderos agentes de importación, extendería el supuesto poder de mercado que en la actualidad sostiene ECOPETROL, según las afirmaciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

“Creemos en ese sentido, que el regulador debe considerar las experiencias en los mercados de gas natural, donde se evidenció de manera clara, una señal de precios de mercado, que permitiera el ajuste natural del mismo. En ese sentido, el regulador de manera expresa y oficial manifestó lo siguiente:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“Un primer asunto que resulta importante de resaltar, es que el sector de GLP no tiene en la actualidad una señal de precio que permita un acomodamiento ni de la oferta ni de la demanda.

“La teoría económica indica que en mercados abiertos las señales de precios se convierten en herramientas y mecanismos que permiten alcanzar el equilibrio entre las fuerzas de la oferta y la demanda. Así las cosas, las situaciones de mercado en la que el precio es inferior al de equilibrio, los agentes productores perderían el incentivo a ofrecer su producción, impulsando a la demanda a ofrecer precios más altos por la oferta limitada. A medida que el precio se eleva, los productores intentarían vender más y los consumidores procurarían comprar menos, lo cual nuevamente promueve el ajuste del mercado”

“En ese sentido, es evidente que la señal de precio actual, con la que el sector viene funcionado por más de 8 años, no tiene una construcción del precio que permita la reacción oportuna de los mercados, y al mismo tiempo tiene perversiones particularmente en contra de la demanda regulada, que no puede competir con otros sectores.

“La falta de una señal interna adecuada, genera una barrera de entrada generada por el mismo regulador, que impide la entrada de agentes importadores independientes, que permitan generar competencia en el mercado nacional.

“Paradójicamente, una señal interna que no refleje los costos de oportunidad del producto, perpetuaría la estructura actual del mercado, que es exactamente lo que el regulador busca evitar. El regulador entonces, no estaría dando cumplimiento al mandato legal que determina su función, según el cual éste debe tomar las medidas conducentes y necesarias para desarrollar mercados y fomentar la competencia donde ésta sea de hecho posible y no para perpetuar monopolios, o crear nuevos en perjuicio de los usuarios, como ocurre con la Resolución CREG 066 de 2007.

“Así, creemos que el regulador debe migrar hacia un esquema de subastas, que permitan la formación del precio de acuerdo con las condiciones particulares del mercado, y frente a las cuales, la demanda actual pueda competir frente a otros segmentos de demanda, que como se afirmó, tienen una mayor disponibilidad de pago por el producto.

“Esta regulación de comportamiento, asociada al esquema de subasta, implicaría al mismo tiempo, una limitación a la posición dominante que el regulador percibe por parte de ECOPETROL y permitiría al mismo tiempo, dar las señales adecuadas que evidencien o bien la entrada de nuevos agentes al mercado, o bien, la posibilidad de importación, considerando las necesidades reales del mercado.

“Por lo anterior, consideramos que asumir una regulación de precio exclusivamente para ECOPETROL, en Barranca, Cartagena y Apiay, implica perpetuar la situación de ECOPETROL en el mercado, y posiblemente, un desabastecimiento súbito, que no permita a los agentes del mercado, esos si

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

con una función clara de continuidad en la prestación del servicio, de actuar utilizando nuevas fuentes de suministro.

“Es importante recordar que el regulador, recurrió en el pasado a una herramienta muy parecida en el caso del gas natural, donde decidió regular los precios de las tres principales fuentes de suministro (Ballena, Opon y Cusiana), liberando los precios de los demás campos y los nuevos entrantes.

“La señal sin embargo, probó ser incorrecta, tal y como de manera clara lo señaló el regulador, de la siguiente manera:

“Las condiciones de disponibilidad de gas han cambiado en estos últimos dos años y en la actualidad se evidencia que la demanda de contratos en firme supera la oferta. Lo anterior hace necesario complementar el análisis de regulación del precio a nivel de suministro, toda vez que al invertirse la situación prevaleciente en 2005, las conclusiones podrían perder vigencia y se requerirían consideraciones adicionales. En la coyuntura actual, la señal de precio debe reflejar el verdadero costo de oportunidad y la asignación del gas disponible se debe orientar a quien deriva el mayor beneficio, que se manifiesta en la mayor disponibilidad a pagar”

“En el caso del GLP, la situación viene cambiando de forma importante, e incluso en periodos mucho más cortos que aquel que se presentó en gas natural.

“La señal de precio, referida a paridad exportación, con mercado de referencia Mont Belvieu, podría no reflejar de manera suficiente la situación de escasez interna, asunto que se solucionaría precisamente con unas subastas públicas, en las cuales participe la totalidad de los segmentos de la demanda, y donde la asignación del gas se haga por la disponibilidad a pagar, como lo afirma el mismo regulador.

“Un esquema de subasta, permitiría adicionalmente que la señal no tenga que ser revisada, manteniendo una referencia al mercado internacional, que sería el que podría contribuir en el corto plazo, a la atención de la demanda.

“Sobra decir que un esquema de subasta, aplicable al productor para la venta del producto, permitiría una asignación eficiente del recurso, asunto que no se daría necesariamente con la señal propuesta por el regulador, cuando exista escasez interna, y esa condición no se produzca en el mercado internacional.

“Para el efecto, creemos importante y así lo ofrecemos, publicar la capacidad de producción existente, de manera tal que todos los agentes, así como los futuros entrantes al mercado, tengan un criterio de oportunidad de entrada, que contribuya naturalmente al abastecimiento de la demanda.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“3.5 Violación del artículo 10 de la Ley 142 de 1994 y 333 de la Constitución Nacional.

“ECOPETROL considera que la medida tomada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la expedición de la Resolución CREG 066 de 2006 (sic), lo perjudica de manera injusta y desproporcionada, beneficiando a otros agentes, y poniendo en grave riesgo la continuidad del servicio, tal y como se explica a continuación.

“El regulador, asumiendo una señal de precios estática, y una oferta mayor a la demanda, regula el precio del incumbente - en teoría ECOPETROL - para, en teoría, incentivar la entrada de nuevos agentes al mercado.

“Además de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas no demuestra la forma como el esquema resulta eficiente para los objetivos propuestos, no tiene una justificación técnica derivada de la simple observación, tal y como se explica a continuación:

“En un escenario totalmente hipotético, asumamos que los supuestos de balance de la Comisión de Regulación de Energía y Gas son correctos - que no lo son- y en ese sentido, que la oferta es suficiente para atender de manera adecuada los desarrollos de la demanda, la cual, según la CREG, tiende a descender.

“Dentro de ese escenario hipotético, ECOPETROL es el incumbente, con poder de Monopolio, al cual la CREG le fija un precio inferior a aquel al cual estaría dispuesto a vender un entrante.

“Dadas las condiciones de sobreoferta del caso hipotético, el entrante que tenga producción interna, no tendría demanda que atender, toda vez que ésta sería acaparada por ECOPETROL, que ofrece un menor precio, y un importador, tampoco tendría espacio para entrar, toda vez que no habría demanda que estuviera dispuesta a pagar un precio superior.

“Por el contrario, si el precio fuera definido según las condiciones del mercado, a través de un esquema de subasta por ejemplo, las posibilidades de que un nuevo entrante ataque el mercado, son mayores.

“En efecto, la organización industrial se ha encargado de analizar el tema, bajo la denominación de un mercado "contestable"; Train, en su libro "Optimal Regulation" señala de manera clara, que en un mercado como el del GLP actual, cuando el monopolista sube sus precios, una nueva firma puede entrar, cobrando un precio ligeramente menor, y capturando la porción de mercado que le permita su capacidad instalada.

“En ese sentido, aún bajo los supuestos de la CREG, una señal de precio de mercado, que refleje las condiciones de la oferta y la demanda (el precio de paridad exportación a Mont Belvieu no considera la situación interna), permitirá la entrada de nuevos entrantes.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“Sin embargo, como se desprende del Anexo de este documento, y como se comprobará a través de las pruebas que se solicitan, el supuesto del cual parte el regulador, no es cierto, y en ese sentido, la demanda supera la oferta de gas de forma importante.

“Ante ese escenario, la señal de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, involucrada en la Resolución CREG 066 de 2006 (sic), implicaría necesariamente el desabastecimiento del mercado, según se explica a continuación.

“En primer lugar, ECOPETROL no puede aumentar su capacidad instalada de producción de GLP, y tampoco tiene las señales adecuadas para destinar infraestructura adicional dedicada a otros líquidos; en segundo lugar, no podrá importar, porque como se verá, el margen reconocido por la CREG es incluso insuficiente para cubrir los costos de la importación.

“En ese sentido, una parte de la demanda, no podrá ser atendida, con la infraestructura actualmente vigente.

“Sin duda alguna, si bien es posible que nuevos agentes puedan entrar a atender la demanda "no atendida", estos nuevos agentes no tendrán una señal de precio, sino una señal de desabastecimiento, que les permitirá cobrar cualquier precio, dentro un marco regulatorio, particularmente laxo con el nuevo entrante.

“Es claro que si el regulador, genera los mecanismos para irrigar la información suficiente al mercado como capacidad de producción disponible, demanda esperada y demás, y acoge la sugerencia de adoptar mecanismos de subasta, esto permitirá que la demanda reaccione adecuadamente, y que el número de agentes se aumente y opere en condiciones de competencia.

“3.6. Posición respecto de las importaciones de ECOPETROL

“Tal y como se desprende del texto de la Resolución CREG 066 de 2007, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, al tiempo que regulaba el precio del GLP que ECOPETROL produce en las refinerías de Apiay y Barranca, y además el que se produce en la sociedad Refinería de Cartagena S.A., decidió regular el precio de importación que realice únicamente ECOPETROL, nuevamente bajo el supuesto que la demanda de GLP es menor o por lo menos igual, a la capacidad de producción instalada y disponible.

“Según el Documento CREG 037 de 2007, el margen el (sic) 8% se sustenta en los márgenes promedio que tienen las empresas dedicadas a la importación de líquidos, según información de la Superintendencia de Sociedades, margen que el regulador consideró aceptable, aún a pesar de que ninguna de las empresas que reportan datos, importa GLP.

“ECOPETROL considera que el fundamento de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, desde el punto de vista de fuente de información es incompleto, insuficiente e incorrecto, toda vez que desconoce las condiciones especiales del líquido, así como los elementos involucrados en la operación del mismo.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“En efecto, el valor de las importaciones dependen en gran medida de la composición química del producto -que el regulador asume por regulación- del origen del mismo (ya que el producto de los países andinos y Trinidad no tiene arancel), y de las cantidades a importar.

“El margen calculado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, además de tomar datos que no son aplicables al GLP, no considera estas variables, ampliamente conocidas en el mercado mundial.

“En razón a lo anterior, ECOPETROL no solo no podría realizar importaciones que permitieran el abastecimiento del mercado en el corto plazo, sino que más allá, esa operación sería ruinosa.

“3.7 La aplicación injusta de la resolución para ECOPETROL respecto de otros agentes en el mercado

“Para ECOPETROL es claro, que la aplicación de la Resolución en mención, resulta en un todo injusta con ECOPETROL, fundamentalmente porque no sólo está (sic) define un precio que no resulta adecuado con lo que sería un precio de mercado, sino además porque deja a ECOPETROL en condiciones poco favorables para competir, que es sin duda el objetivo mismo de la regulación.

“En efecto, creemos que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, al regular el precio de ECOPETROL de la forma como lo hizo, le impide competir bien con calidad del producto (toda vez que la composición de éste está definida vía regulación) o bien con cantidades, ya que el regulador no determinó elementos que permitan un ajuste del precio, por condiciones de mercado.

“La medida regulatoria resulta injusta para ECOPETROL, en la medida que los agentes entrantes, adquirirían una posición dominante frente a la porción de demanda que no pueda ser atendida por ECOPETROL, creando de esta manera dos monopolios.

“Creemos que una regulación de comportamiento, que obligue a todos los agentes a realizar subastas, permite introducir al mercado las señales adecuadas, y al mismo tiempo, genera competencia entre los agentes, que es, de acuerdo con la ley, lo que el regulador debería promover a través del ejercicio de su función.

“4. Aspectos finales

“Finalmente, es importante resaltar que ECOPETROL desea mantenerse como un agente dentro del mercado, que no está interesado en que las condiciones monopólicas actuales del mercado se perpetúen, y en abastecer la demanda de GLP, en condiciones de mercado.

“ECOPETROL en ese sentido, hace un llamado respetuoso a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, para que se generen las condiciones de mercado en el sector de GLP, para lo cual creemos que se requieren modificaciones importantes a las señales previstas en la Resolución CREG 066 de 2007, como son la introducción de esquemas de subasta, la liberación de las importaciones, así como la asignación de un papel más activo a la demanda.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

“Es necesario advertir que, bajo las condiciones previstas en la Resolución CREG 066 de 2007, se presentará un desabastecimiento de mercado, fundamentalmente porque ECOPETROL no tendrá las herramientas regulatorias que le permitan hacer las operaciones necesarias, para garantizar la continuidad en el servicio de forma rentable y acorde con los principios de la Ley 142 de 1994.

“5. Pruebas

En este punto el recurrente solicita la práctica de las pruebas documentales y testimoniales que relaciona en el escrito.

EN CUANTO A LOS ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Se procede a decidir el recurso de reposición interpuesto por el Vicepresidente de Suministro y Mercadeo de ECOPETROL S.A. en razón a que el contenido de los artículos 3, 4 y 6 de la Resolución CREG 066 de 2007 son de interés directo de ECOPETROL. Para el efecto se observara el orden previsto por el recurrente en su escrito.

1. En cuanto a la visión del mercado actual

Luego de hacer una descripción general del Mercado actual de GLP, con respecto a la Refinería de Cartagena, el recurrente afirma que si bien ECOPETROL tiene la operación y las funciones de comercialización, no determina la política comercial, no tiene el control para determinar a quién vende, ni mucho menos para la definición de precios, facultades que son necesarias para poder sustentar una posición dominante.

El párrafo del Artículo 4 de la Resolución CREG 066 de 2007, con respecto a la remuneración del producto proveniente de la Refinería de Cartagena define un precio así:

“(…)

Parágrafo. *La fórmula establecida en el presente artículo aplica para el GLP de la refinería de Cartagena, mientras la comercialización del mismo esté bajo la responsabilidad de ECOPETROL. Cuando, en razón a la nueva situación de control de este centro de producción, el beneficiario real de la comercialización de sus productos no sea mayoritariamente ECOPETROL ni dicha comercialización esté bajo responsabilidad y control de ECOPETROL en forma directa ó indirecta, se aplicará para el GLP de la refinería de Cartagena lo dispuesto en el artículo 5º de esta resolución.”*

Por lo tanto, corresponde a ECOPETROL y/o a la Sociedad Refinería de Cartagena interpretar, sustentar y aplicar la regulación correspondiente en lo que respecta al precio del GLP proveniente de esta refinería.

Con respecto a los activos de ECOPETROL, el recurrente afirma que deben destinar su capacidad instalada a los productos respecto de los cuales obtiene

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

el mayor beneficio, y que en la medida en que la demanda sujeta a regulación de la CREG, no tenga las herramientas para competir por la capacidad instalada, u opciones reales de importación, se enfrentaría a un desabastecimiento.

De acuerdo con las señales de precio que se considere necesario involucrar en la regulación, la CREG tiene la autonomía de decidir si se compite o no por la capacidad instalada de la oferta. Con respecto a las decisiones contenidas en la Resolución CREG 066 de 2007, se consideró que la capacidad instalada deba disponerse para aquella demanda con mayor disponibilidad a pagar por el producto. En esa medida, no es eficiente ni desde el punto de vista energético, ni desde el punto de vista económico, que los productos que son altamente valorizados por la industria petroquímica, por encima del valor de importación del propano y/o del butano se destinen para ser quemados en las estufas y calentadores de los usuarios regulados. Claramente estos son dos mercados diferentes que no compiten por un mismo producto y las señales de precio para ambos son totalmente diferentes, estando el primero de estos mercados fuera de la competencia regulatoria de la CREG.

Es así como en lo que respecta a la regulación del producto para uso combustible, al realizar los análisis de Oferta-Demanda con base en la información entregada por ECOPETROL, la CREG extrajo de la oferta disponible todas las corrientes del GLP que la empresa reportó que podrían ser usadas y/o estaban comprometidas en petroquímica nacional y/o con un proyecto de producción de alquilatos.

La señal de precio definida en la Resolución CREG recurrida es claramente aplicable al producto de ECOPETROL cuya mejor destinación es la exportación a los mercados internacionales, ya que no es consumida por la petroquímica. Es con el mercado internacional que la demanda doméstica regulada debe competir para obtener el combustible. De aquí resulta la señal de Paridad de Exportación.

En la medida en que el producto de ECOPETROL pueda ir siendo incorporado a las corrientes para atender la industria petroquímica, el precio interno de ECOPETROL necesariamente irá migrando a la paridad importación como lo prevé la Resolución recurrida. Obviamente, esta migración no es inmediata, sino que se irá dando en el tiempo pues requiere de inversiones para obtener la separación y disposición de dichas corrientes.

Las demás señales de precio incorporadas en la resolución van orientadas, entre otras cosas, a incentivar el suministro suficiente del producto ante esta situación, bien sea a partir de importaciones de ECOPETROL dado que es la empresa propietaria de la infraestructura requerida, sin limitar con esto la posibilidad de importación de un tercero; o bien sea incentivando la entrada de la oferta potencial de producto nacional.

2. Incoherencia entre la señal de precio y la calidad del producto

El recurrente afirma que el precio que rige en la actualidad no tiene asociada

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

una calidad específica de producto, es decir no refleja una composición química determinada, lo que ha implicado que el productor nunca haya recibido ningún tipo de señal para "mejorar" la calidad de la mezcla.

En este punto el recurrente mezcla el tema de la calidad con el tema del tipo de mezcla que se remunera con destino al Servicio Público Domiciliario de GLP, lo cual mostraremos a continuación.

De la calidad y la composición química

La composición química se refiere a la combinación de elementos que componen una mezcla y se determina con un examen cromatográfico. Las mezclas de GLP comercializadas por Ecopetrol generalmente están compuestas por diferentes porcentajes en volumen de i) gases tales como metano(C), etano(C2), propanos(C3), butano normal e isobutano (C4), ii) olefinas y diolefinas que son derivadas de estos productos durante el proceso de refinación del petróleo tales como propileno, buteno, trans2buteno, butadieno, etc y, iii) otros elementos más pesados (C5) conocidos como No Vaporizables, pues permanecen líquidos y no se convierten en gas combustible. Es posible encontrar además otros componentes, en cantidades mínimas, como son azufre, agua, etc.

La calidad del producto está relacionada con la presencia de estos últimos componentes y con la presencia de los No Vaporizables, ya que son elementos indeseables que afectan tanto los equipos utilizados para manejar el producto y para quemarlo, como la calidad de la combustión y la economía del usuario. Existe la Norma Técnica Colombiana NTC 2303 que establece los estándares con base en los cuales se puede determinar si una mezcla de GLP cumple un nivel adecuado de calidad; esta norma además establece los ensayos y pruebas que deben aplicarse para el efecto.

Además de los aspectos mencionados en la citada norma, durante el proceso de presentación de la propuesta de remuneración del producto, la discusión de la calidad se enfocó en definir si la presencia de olefinas y diolefinas en la mezcla podría tener efectos negativos para el usuario desde el punto de vista de la calidad de la combustión y de la operación de los equipos y, de ser así, como debería esto reflejarse en el precio.

Fue sobre este aspecto que se desarrolló el estudio con COSENIT LTDA al cual se hace referencia en el documento 034 de 2006 puesto a consideración de la industria mediante la Circular 029 de 2007. Este estudio sirvió de base para determinar que la presencia de olefinas y diolefinas en las mezclas de GLP son aceptadas en la mayoría de países en los cuales se comercializan estas mezclas. Esto se debe principalmente a que estas componentes resultan del proceso mismo de refinación acorde con la infraestructura instalada, y además porque en muchas ocasiones los volúmenes no son lo suficientemente significativos como para que se justifique incurrir en los costos de su retiro contra la posible mejora en las condiciones de combustión del producto.

Ab



Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

Sin embargo, es claro, que si bien estos componentes en forma separada pueden tener precios superiores a los del combustible, al dejarlos en la mezcla se pagan a precio de propano o de butano (según de donde provengan). Esta fue la señal que la CREG incorporó en la remuneración de la Resolución CREG 066 de 2007, con respecto a estos productos presentes en las mezclas provenientes de las refinerías y los campos de ECOPETROL.

Respecto de la presencia de materiales no deseables y otras condiciones de la mezcla, para efectos de poder comercializar el producto esta Resolución exige que la calidad del mismo cumpla la Norma NTC 2303 o aquella que la modifique, adicione o reemplace.

De la señal de precio vigente y la composición de la mezcla.

La afirmación del recurrente en el sentido que la señal de precio vigente no refleja una composición química determinada no es de recibo por esta Comisión por lo siguiente:

La Resolución CREG 144 de 1997, parcialmente modificada por la Resolución CREG 011 de 2001, establece una fórmula tarifaria para remunerar el producto al gran comercializador, la cual tiene claramente incorporada una señal respecto de la mezcla de producto, es decir una composición química en cuanto a propano y butanos, así:

$$G = \frac{TRM}{42*36} * \sum_{i=1}^{36} \left[(1-\alpha)*PP_i + \alpha*PB_i + \frac{QI_i*TI_i - QE_i*TE_i}{(QN_i + QI_i)} \right]$$

Donde:

G = Ingreso máximo por producto del gran comercializador aplicable después del cálculo de la fórmula (\$/galón).

α = Contenido promedio de butanos y gases más pesados (C4+) en el GLP nacional, según definición de la CREG. Fijase un valor inicial de 0.541, el cual mantendrá este valor hasta que la CREG determine otro. En complemento, el restante (1-α) se le remunera como propano (anotación fuera de texto)

PP_i = Promedio mensual del precio internacional del propano por barril, según Indicador Precio Costa del Golfo, fuente Platt's US Marketscan (US\$/Bl), en el mes *i*.

PB_i = Promedio mensual del precio internacional del butano por barril,

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

según Indicador Precio Costa del Golfo, fuente Platt's US Marketscan (US\$/Bl), en el mes i.

Dado que el precio internacional de los butanos refleja usos más rentables que el combustible, mientras que el precio del propano refleja su uso más común que es el combustible, mediante Resolución CREG 011 de 2001, y buscando dar una señal de eficiencia económica y energética, la CREG modificó el valor de α a 0.447. Esta decisión la acompañó con el anuncio de su intención de migrar hacia una señal de precio que incentive el uso del propano como combustible y el uso más rentable del butano, como insumo petroquímico o como MTBE. (Ver Documento CREG 046 de febrero 20 de 2001 soporte de la mencionada resolución).

Sin embargo, a pesar que desde el año 1997 la regulación ha enviado una señal de mezcla de producto, históricamente ECOPETROL ha vendido una mezcla "livianos-propano-butano y más pesados" en la proporción 2%-35%-63%. Es decir, por decisión propia ECOPETROL siempre ha vendido más butano del que se le ha remunerado. Es más, vendió un propileno, de muchísimo mayor valor que el propano, como propano; y vendió otros compuestos del butano (butenos butilenos y otros) de mayor valor en otros mercados, a precio de butano. Prueba de que la señal fue en parte recibida es que el butano que ha tenido disponible en Cartagena para exportación lo ha exportado sistemáticamente desde hace un par de años. Sólo a partir del año 2008 ECOPETROL comienza a enviar estas corrientes hacia los mercados que les representa una mayor rentabilidad, acorde con la señal de precio que ha recibido desde el año 1997.

De esta manera, observando los criterios establecidos en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, la CREG debe establecer en la regulación de los servicios públicos domiciliarios una calidad mínima correspondiente al precio que paga el usuario.

El precio regulado reconoce esa calidad mínima exigida, y por lo tanto, a la luz de lo expuesto, resulta claro que pretender, como lo pide el recurrente, que se le remunere una mezcla acorde con lo que está entregando, es decir con lo que se determine que ésta contiene, no es en ningún sentido una señal eficiente, ni desde el punto de vista energético ni desde el punto de vista económico.

3. En cuanto a la violación de los artículos 87.8, 87.4 y 146 de la Ley 142 de 1994

Respecto de la afirmación del recurrente de que la regulación expedida viola los Artículos 87.8, 87.4 y 146 de la Ley 142 de 1994, es preciso mencionar que el Artículo 1 de la Resolución CREG 066 de 2007 establece:

"GAS LICUADO DE PETRÓLEO (GLP): Es una mezcla de hidrocarburos extraídos del procesamiento del gas natural o del petróleo, gaseosos en condiciones atmosféricas, que se licuan fácilmente por enfriamiento o compresión. El GLP está constituido principalmente por propano y butano y cumple con las especificaciones de calidad contenidas en la

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

norma NTC-2303 o aquellas que la modifiquen o sustituyan. (Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto el precio máximo del GLP establecido en los Artículos 3 y 4 de la misma resolución se refiere claramente a un producto que cumple con las normas de calidad allí establecidas.

El cumplimiento de esta regulación exige necesariamente que el comercializador deba disponer de las tecnologías y sistemas que le permitan medir los estándares de calidad de su producto antes de comercializarlos, de manera tal que garantice que la calidad corresponde a la del producto que se le está remunerando.

Ahora, respecto de la medición del consumo y el precio del contrato, la resolución recurrida no prohíbe la medición del producto que se está vendiendo. Por el contrario, la regulación define claramente la unidad de medida correspondiente al precio que se está estableciendo, la cual debe utilizarse para la medición de los consumos en el contrato de suministro del producto de los comercializadores mayoristas a los distribuidores.

4. Violación del derecho de propiedad

No es clara la argumentación del recurrente respecto a la violación del derecho de propiedad, dado que ECOPETROL no está obligado a vender el butano a precio de propano ya que volúmenes de butano por encima del 45% los puede retirar de la mezcla para atender otros mercados más rentables.

Sin embargo, con respecto a este argumento del recurrente, es importante recordar que durante el proceso de discusión de la metodología de remuneración del producto, éste propuso a la CREG la remuneración de una mezcla 50%-50% (Rad. CREG-E-2006-005125), a pesar de que históricamente sus mezclas han mantenido porcentajes de butano en volumen superiores al 63%.

El diseño de la mezcla 55%-45% propano-butano contenida en la Resolución CREG 066 de 2007 recurrida, además de las señales de eficiencia energética y económica que ésta envuelve, en la práctica logra un beneficio tanto para ECOPETROL como para el usuario, pues si bien el propano es el gas ideal para usar como combustible, el usuario al pagar el butano a paridad de exportación puede adquirir un producto un poco más económico que el propano de importación y, por su parte, ECOPETROL tiene la oportunidad de vender el butano que no exporte a precio de butano de exportación.

5. Respetto de la "Revisión balance oferta demanda de GLP" y de la falta de señal de mercado

El proceso de consulta pública de la metodología aplicable a la remuneración del producto a los Comercializadores Mayoristas de GLP, se inició en el año 2002 con la expedición de la Resolución CREG 066 de septiembre del mismo año.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

A partir de ese momento la CREG realizó una serie de talleres con la industria y terceros interesados a través de los cuales presentó el alcance de sus propuestas y recibió comentarios, sugerencias y observaciones a la misma. De igual forma, desde esa época la CREG ha venido recibiendo información explícita de los agentes involucrados, algunas veces por iniciativa propia de éstos y otras por requerimientos específicos de la CREG.

Para los análisis Oferta-Demanda realizados por la CREG, ésta se basó en la siguiente información que se encuentra en el sistema documental de la entidad y en el expediente de la actuación administrativa correspondiente:

- 1.** Estudio "GLP Colombiano: Relación Calidad/Precio" realizado por el consultor Purvin&Gertz de Canadá para la CREG, 2001 y 2002.
- 2.** Comunicación de ECOPETROL, Radicación CREG E-2004-6004 de julio de 2004 Mercado de GLP y su perspectiva, enviada por el señor Camilo Marulanda, en las cuales la oferta, incluida Cusiana y Rancho Hermoso, supera ampliamente la demanda.
- 3.** Comunicaciones de ECOPETROL, Radicaciones CREG E-2004- 9707 y E-2004-10019 de noviembre y diciembre de 2004, respectivamente, Punto de Vista Corporativo sobre Propuesta Marco Regulatorio, enviadas por el señor Federico Maya, en las cuales se habla de una mayor capacidad de producción, de los proyectos de petroquímica y alquileres, y de la capacidad para cubrir la demanda regulada de GLP.
- 4.** Comunicación ECOPETROL Radicación CREG E-2005-01603 de marzo de 2005 Proyecciones de Oferta, enviada por el señor Camilo Marulanda. Confirma información anterior.
- 5.** Comunicación ECOPETROL, Radicación CREG-E-2006- 005125 de julio de 2006. Comentarios Resolución CREG 072/05 Propuesta remuneración G., enviados por el señor Camilo Marulanda. Posiblemente falta de producto en Barranca hacia el 2009-2010 por compromisos con Propilco. Excedentes en Cartagena para esa época.
- 6.** Comunicación BP, Radicación CREG-E-006312 de septiembre de 2006, enviada por el señor Alberto Galvis. Comentarios Resolución CREG 072/05 Propuesta remuneración G. Interés en colocar 4500 BDC, de GLP.
- 7.** Comunicación ECOPETROL, Radicación CREG-E-2007-001048 de febrero de 2007, enviada por el señor Camilo Marulanda. Proyecciones de Oferta GLP. No hay inversiones para separar más alquileres y Propileno. Con Cusiana se espera cubrir déficit interior y algo más para generar excedentes en Barranca para más propileno o para exportación, que saldrían vía fluvial. No hay planes de inversión en ampliación capacidad exportación/importación
- 8.** Comunicación BP, Radicación CREG E-2007-002735 de marzo de 2007, enviada por el señor Alberto Galvis. Comentarios Documento CREG 034 de 2007. Continúa interés en colocar 4500 BDC.
- 9.** Comunicación UPME, Radicación CREG-E-2007-003616. Proyecciones de demanda de GLP combustible.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

6. Violación al artículo 3 y 74.1 de la Ley 142 de 1994 (Falsa Motivación)

Afirma el recurrente que la resolución recurrida tiene una falsa motivación y por lo tanto viola los Artículos 3 y 74.1 de la Ley 142 de 1994.

En primer lugar, el recurrente concluye que la sobreoferta es la que le da a ECOPETROL, como agente monopólico, un poder de mercado importante. Sin embargo, sobre esta afirmación no hace ninguna sustentación.

Como ya lo ha manifestado la Dirección Ejecutiva de la CREG, la doctrina ha señalado que la motivación del Acto Administrativo es "... la exposición de las razones que mueven a la administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste." Siguiendo este concepto podemos afirmar que la motivación viene a constituir la "exposición de motivos" que realiza la administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutive del acto o la resolución misma."

Como lo muestran los documentos soporte de las resoluciones de consulta sobre el tema de la remuneración del producto (Documentos CREG 046 de 2005 y 034 de 2007), la posición dominante de ECOPETROL proviene de que este es dueño de una capacidad de producción significativa con respecto al tamaño de la demanda, es capaz de abastecerla en su totalidad, y a que es dueño de la infraestructura de transporte y de importación existente, las que además de tener costos hundidos son compartidas con otros combustibles. Por esta razón decide regular el precio del producto que él comercialice.

Ahora, si se entiende que de acuerdo con la afirmación que hace el recurrente, la falsa motivación nace de considerar que en el país existe una sobreoferta, es importante aclarar que en ningún documento ni en la resolución recurrida se llega a esta conclusión contundente.

Las cuentas de balance OO-DD de la CREG, obtenidas de la información disponible, y en buena parte proporcionada por el recurrente, como ya se indicó, muestran que para el periodo regulatorio durante el cual se aplicará la Resolución CREG 066 de 2007 existe un equilibrio casi justo, con la posibilidad de algunos déficits marginales hacia mediados del período tarifario, los cuales dependen especialmente del comportamiento de la demanda. Existe oferta nacional potencial de corto plazo con capacidad de cubrir esos posibles déficits y de generar excedentes.

Por tanto, este argumento de la falsa motivación parte de una afirmación hecha por el recurrente pero que no sustenta.

Con base en el balance OO-DD realizado por la CREG, los objetivos y sus respectivas señales de precio que se incorporaron en la resolución recurrida son:

- Incentivar la participación de la oferta nacional disponible, remunerando las corrientes con potencial de exportación para que se queden en el país

Mo

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

evitando que el usuario deba pagar GLP importado. Paridad de Exportación para ECOPETROL

- Incentivar el uso más rentable del GLP nacional (desvío de corrientes a usos petroquímicos). Además de no contar con esta oferta en los balances de OO-DD, se remunerará una mezcla específica de propano-butano.
- Incentivar la participación de la nueva oferta nacional potencial, dando la señal de precio libre a terceros productores diferentes de ECOPETROL.
- Viabilizar el suministro de producto en caso de déficits marginales como los esperados, dando una señal de importación a ECOPETROL, único agente con viabilidad real y de corto plazo para importar el producto necesario para cubrir los posibles déficits marginales.
- Ser señal de largo plazo para el desarrollo de nuevos mercados y de la infraestructura, tales que permitan la liberación total del precio (en el mediano ó largo plazo). Precio libre a terceros importadores.

Los beneficios de esta regulación son los siguientes:

- Refleja la situación diferencial de los agentes en el mercado (Ley 142, Art.74.1, literal a)
- No requiere el monitoreo permanente del balance OO-DD para dar la señal de importación cuando el mercado lo llegase a requerir
- Da señal de entrada a competidores en la medida en que se vaya creando el espacio para competir

7. Posición respecto de la "Posición Dominante y Promoción de la Competencia" y precios

El recurrente presenta un análisis de las razones que él considera han sido las que han generado una posición dominante a ECOPETROL, citando como principal la falta de una señal de precio adecuada.

En este sentido, compartimos sus opiniones, tanto que es por esta razón que la CREG ha diseñado en esta oportunidad una señal de precio muy diferente a la vigente, cuyos objetivos ya han sido presentados en el numeral anterior de la presente resolución.

El esquema de subastas para determinar el precio del producto fue analizado por la CREG, pero fue descartado en su oportunidad. Adicionalmente, consideramos que no es este el momento oportuno para que el recurrente presente propuestas a la CREG cuando ya se ha agotado todo un proceso de discusión que ha tardado más de 5 años.

8. Violación del artículo 10 de la Ley 142 de 1994 y 333 de la Constitución Nacional

En este punto es necesario aclarar que la conclusión expuesta por el recurrente es creada por él. No es de la CREG. La Resolución CREG 066 de 2007 recurrida regula la posición dominante de ECOPETROL. Por otra parte, introduce señales para incentivar la entrada de la oferta nacional potencial y

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

señales de largo plazo para la entrada de nuevos agentes importadores que dinamicen el mercado y viabilicen su futura liberación.

9. Posición respecto de las importaciones de ECOPETROL

El recurrente afirma que la información utilizada por la CREG para determinar el margen de comercialización de las importaciones de ECOPETROL es incorrecta e infundada, dado que en la base de datos utilizada no existen importadores de GLP. Considera por lo tanto que la señal de precio resultante hace inviable la importación.

En este sentido, si bien es verdad que no existen agentes importadores de GLP ya que ni siquiera el recurrente lo ha sido, pues sus eventos y volúmenes de importación han sido casi inexistentes, el regulador debe regular con base en la mejor información disponible.

Ante la falta de importaciones de GLP, la CREG usó como referencia la Base de Datos SIREM de la Superintendencia de Sociedades como lo manifestó en su momento la Dirección Ejecutiva mediante auto de fecha 12 de diciembre de 2007. De allí, analizó los márgenes obtenidos por empresas Comercializadores Mayoristas de combustibles líquidos.

En el pasado, la CREG ha usado esta metodología para definir los márgenes de comercializadores de GN y se ha contemplado para la comercialización minorista de electricidad.

En esta ocasión, se tomó un margen igual ó superior al alcanzado por el 80% de las empresas. Es decir, el 80% de las empresas reportó márgenes iguales ó inferiores al 8% adoptado por la regulación. Sin embargo, en esta oportunidad el recurrente tampoco aporta información que permita reconsiderar este valor.

Aun así, en su escrito el recurrente afirma que el margen establecido no le permite involucrar costos particulares de esta importación, los cuales están relacionados con las cantidades a importar, las mezclas a importar, la infraestructura utilizada, etc.

A este respecto cabe anotar que la regulación establece un margen del 8% **sobre el costo de la importación**, es decir las variables consideradas por el recurrente ya están involucradas en el costo de la importación.

10. La aplicación injusta de la resolución para ECOPETROL respecto de otros agentes en el mercado

El recurrente considera que la resolución recurrida es injusta para con ECOPETROL en la medida en que lo deja en condiciones desfavorables para competir, ya que no podrá hacerlo ni por cantidades ni por calidad. Desconocemos el fundamento de esta afirmación.

El recurrente además considera que la medida también es injusta para con

Mo

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad ECOPETROL S.A., contra la Resolución CREG 066 de 2007

ECOPETROL en la medida en que los terceros entrantes adquirirán una posición dominante frente a la porción de demanda que no pueda atender ECOPETROL, creando así dos monopolios. Aunque no compartimos esta conclusión, si hipotéticamente se llegase a dar esta situación, no entendemos en que radica la injusticia para con ECOPETROL.

11. Pruebas

En cuanto a las pruebas solicitadas por el Vicepresidente de Suministro y Mercadeo de Ecopetrol S.A. debe observarse lo siguiente:

Por auto de fecha 12 de diciembre de 2007, la Dirección Ejecutiva de la CREG resuelve la solicitud de pruebas contenidas en el escrito presentado con radicado E-2007-007812 negando cada una de ellas por ser inconducentes.

Mediante escrito de fecha 20 de diciembre de 2007 con radicado E-2007-009913 el Vicepresidente de Comercialización y Mercadeo de ECOPETROL S.A. E.S.P. presentó recurso de reposición en contra del Auto por el cual se resuelve una solicitud de pruebas.

Por auto de fecha 28 de enero de 2008, la Dirección Ejecutiva de la CREG confirma en todas sus partes el auto de fecha 12 de diciembre de 2007.

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas en su sesión No. 361 del día 13 de febrero de 2008, acordó expedir la presente Resolución;

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Confirmar en todas sus partes la Resolución CREG 066 de 2007 por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO 2o. Notificar personalmente al representante legal de la sociedad ECOPETROL S.A. el contenido de esta resolución, y hacerle saber que contra lo dispuesto en este acto no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., el día

13 FEB 2008


MANUEL MAIGUASHCA OLANO

Viceministro de Minas y Energía
delegado del Ministro de Minas y
Energía
Presidente


HERNÁN MOLINA VALENCIA

Director Ejecutivo