



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 142 DE 2010

(01 OCT. 2010)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de las atribuciones legales, en especial las conferidas por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2253 de 1994

CONSIDERANDO QUE:

1. Antecedentes

Mediante la Resolución CREG 001 de 2000, y otras que la modifican y complementan, se adoptó la metodología y criterios generales para determinar la remuneración del servicio de transporte y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte de gas natural.

Mediante la Resolución CREG 044 de 2007 la CREG resolvió una solicitud de actualización tarifaria presentada por TRANSORIENTE S.A. E.S.P.

Mediante la comunicación con número radicado E-2009-005347 TRANSORIENTE S.A. E.S.P. solicitó a la CREG una revisión tarifaria a la Resolución CREG 044 de 2007.

Mediante la Resolución CREG 042 de 2010 se resolvió la solicitud de revisión tarifaria de la Resolución CREG 044 de 2007 en el sentido de no acceder a lo pedido.

TRANSORIENTE S.A. E.S.P. mediante la comunicación E-2010-003253 interpuso un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010.

oel

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

TRANSORIENTE S.A. E.S.P. mediante la comunicación E-2010-006635 solicitó a la CREG audiencia para exponer unas pruebas que contrató la empresa.

La Dirección Ejecutiva de la CREG, mediante comunicación S 2010 002931, le envió a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. los siguientes documentos:

1. Información remitida de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles de Chile.
2. Gasoductos de Exportación. Documento del Ente Nacional Regulador del Gas de Argentina.
3. Documento del Ministerio de Infraestructura y Vivienda Secretaría de Energía y Minería de Argentina. Prospectiva 2000.
4. Documento con las Bases del Concurso del proyecto de Concesión de Camisea.
5. Contrato de Concesión del gasoducto de transporte de gas natural de Camisea.
6. Circulares del concurso para elegir la empresa o el consorcio que construiría y operaría el gasoducto de transporte de gas natural de Camisea.
7. Informe OSINERG Gas Natural en el Perú.
8. Documento Banco Interamericano de Desarrollo (BID) sobre Camisea "Integrity Analysis of the Camisea Transportation System, Perú, S.A., June 2007".

TRANSORIENTE S.A. E.S.P. mediante la comunicación radicada en la CREG con el número E 2010 007082 se pronunció sobre la información remitida por la CREG. En ella la recurrente advierte las limitaciones de las comparaciones para establecer valores eficientes.

Las consideraciones para desatar el recurso interpuesto por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. se desarrollarán en tres partes: A. Argumentos expuestos por la recurrente y análisis de la Comisión, B. Análisis de la inversión eficiente a partir de la nueva información que recopiló la CREG y C. Conclusiones.

A. Argumentos expuestos por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. en el recurso y análisis de la Comisión

Los argumentos y análisis de la Comisión se presentan en forma ordenada dentro de los 10 numerales del texto del recurso que la recurrente radicó en la CREG.

1. Aspectos Preliminares

En este capítulo la recurrente refiere los antecedentes de la contratación para la construcción del gasoducto y los argumentos de la CREG expuestos en la decisión recurrida.

Se queja la recurrente de que la CREG (i) aplicó de manera estricta y restrictiva la Resolución CREG 001 de 2000 que determinó la metodología tarifaria de la actividad de transporte de gas, (ii) no estableció que los costos reales eran ineficientes, (iii) adoptó la decisión recurrida cuando TRANSORIENTE ya estaba

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

desarrollando el proyecto y ya tenía comprometidos los recursos para la implementación de la obra, (iv) esperó que las decisiones de inversión fueran adoptadas para sacar una señal que implica el hundimiento de costos, (v) se tardó nueve meses en adoptar la decisión. A partir de estos cuestionamientos afirma que si el regulador se hubiese pronunciado cuando se le presentó el valor de las propuestas inicialmente hechas por los constructores que supuestamente fueron informadas a la CREG, o cuando se le puso de presente la estrategia a seguir, o cuando se le hizo una presentación de la solicitud tarifaria, TRANSORIENTE no hubiera hecho el gasoducto y por lo tanto no hubiese realizado las contrataciones respectivas. A partir de estos presuntos hechos afirma que la CREG falló en la prestación del servicio de regulación, quebró el principio de confianza legítima, puso en riesgo la viabilidad empresarial del prestador del servicio y puso en riesgo la prestación misma.

Afirma además que el regulador no observó las formalidades del proceso al no decretar pruebas al preferir la aplicación de una norma de carácter general (artículo 117 del C. de P.C), inaplicando la norma de carácter especial (artículo 108 de la Ley 142 de 1994), que se limitó a afirmar que la inversión realmente hecha por TRANSORIENTE no es eficiente, sin dedicar siquiera una línea al análisis de la misma, olvidando que las decisiones de las autoridades administrativas deben estar soportadas en argumentos técnicos. Este hecho, según TRANSORIENTE, constituye un vicio en la motivación de la resolución recurrida. Agrega que la CREG partió del supuesto de que la regulación de la CREG prevalece sobre los mandatos de la Ley al afirmar que los criterios para determinar la eficiencia del gasoducto están dispuestos en la Metodología tarifaria, la cual puede o no involucrar los mandatos de la ley o lo que es más grave aún, que el único instrumento para determinar la eficiencia de un gasoducto, es la comparación con otros similares.

Como las materias a las que TRANSORIENTE se refiere en este numeral son desarrolladas con mayor profundidad en los numerales subsiguientes, en ellos la Comisión expondrá sus análisis.

2. Sobre la “Afectación grave a la suficiencia financiera de TRANSORIENTE”

Afirma que con la posición de la CREG acerca de que no es posible incluir los costos reales y eficientes del gasoducto si estos son superiores a aquellos que originalmente fueron incluidos en la Resolución 044 de 2007, se afecta de forma grave la viabilidad financiera del gasoducto y de TRANSORIENTE, así como el principio de suficiencia financiera. Que si la tarifa no reconoce la inversión real y eficiente del gasoducto, la empresa no podrá seguir asumiendo los costos de construcción e implicará la insolvencia de la empresa. Que con independencia de que el regulador considere que la inversión es o no eficiente, ella es necesaria para la existencia del gasoducto y para la garantía de prestación del servicio.

Según el argumento expuesto bajo este título, el gasoducto, como la empresa y la prestación del servicio no serían viables si la CREG no accede a reconocer la inversión real y eficiente del gasoducto, evento en el cual, se afectaría su suficiencia financiera.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Dice también que el proyecto Gibraltar requirió necesariamente del compromiso de la totalidad del patrimonio de la empresa.

El principio de suficiencia financiera como criterio orientador del régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios aparece en el artículo 87 numeral 87.4 de la Ley 142 de 1994, definido así:

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.

Sobre este principio resulta de relevancia, para resolver el recurso interpuesto, destacar dos aspectos.

El primero de ellos es que esta disposición dentro de las materias que manda garantizar, incluye la remuneración al patrimonio de los accionistas en la misma forma en que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable, con lo cual se pone de presente que la comparación como fórmula para establecer las tarifas que remuneren las actividades incluidas en la prestación del servicio, es una metodología expresamente aceptada por la Ley.

En segundo término, que este principio de suficiencia financiera no puede ser visto de manera aislada, sin consideración a los demás principios que orientan el régimen tarifario; entre ellos, el de eficiencia económica, el cual tiene el siguiente alcance:

87.1. Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste.

De acuerdo con las disposiciones transcritas, es cierto que las fórmulas tarifarias deben garantizar la recuperación de los costos y gastos propios de la operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento y deben permitir remunerar el patrimonio de los accionistas, pero no a cualquier costo, sino en condiciones de eficiencia y dichas condiciones es válido y expresamente previsto por la Ley, que el regulador las determine a partir de la comparación con otras empresas, como lo establece el citado principio de suficiencia financiera y como lo ratifica el artículo 92 de la Ley 142 de 1994:

cel

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Artículo 92. *Restricciones al criterio de recuperación de costos y gastos de operación. En las fórmulas de tarifas las comisiones de regulación garantizarán a los usuarios a lo largo del tiempo los beneficios de la reducción promedio de costos en las empresas que prestan el servicio; y, al mismo tiempo, darán incentivos a las empresas para ser más eficientes que el promedio, y para apropiarse los beneficios de la mayor eficiencia.*

Con ese propósito, al definir en las fórmulas los costos y gastos típicos de operación de las empresas de servicios públicos, las comisiones utilizarán no solo la información propia de la empresa, sino la de otras empresas que operen en condiciones similares, pero que sean más eficientes.

También podrán las comisiones, con el mismo propósito, corregir en las fórmulas los índices de precios aplicables a los costos y gastos de la empresa con un factor que mida los aumentos de productividad que se esperan en ella, y permitir que la fórmula distribuya entre la empresa y el usuario los beneficios de tales aumentos. (hemos subrayado)

De acuerdo con lo anterior, el criterio de comparación con otros gasoductos similares previsto en la metodología para la determinación de la remuneración del servicio de transporte de gas natural contenida en la Resolución CREG 001 de 2000 y aplicado en la Resolución CREG 044 de 2007 al gasoducto Gibraltar – Bucaramanga, aparte de que desde el punto de vista técnico es un mecanismo válido para el cálculo de las inversiones, es un medio con respaldo legal.

En estas condiciones, esto es, ante la exigencia legal de reconocer a las empresas de servicios públicos, los costos eficientes en que incurren y no los costos reales, la manifestación de que si no se accede a la revisión tarifaria la empresa y el gasoducto no son viables, no enerva la presunción de que los costos reconocidos en la Resolución CREG 044 de 2007, son eficientes. Lo anterior por cuanto que la inviabilidad de una empresa no proviene únicamente de una tarifa insuficiente. Son múltiples las causas que pueden llevar a este escenario.

Tan cierto es lo anterior que el legislador prohibió expresamente los aumentos de tarifas destinados a recuperar pérdidas patrimoniales:

ARTÍCULO 94. TARIFAS Y RECUPERACIÓN DE PÉRDIDAS. De acuerdo con los principios de eficiencia y suficiencia financiera, y dada la necesidad de lograr un adecuado equilibrio entre ellos, no se permitirán alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales. La recuperación patrimonial deberá hacerse, exclusivamente, con nuevos aportes de capital de los socios, o con cargo a las reservas de la empresa o a sus nuevas utilidades. (hemos subrayado y destacado)

No existe entonces un nexo necesario y único de causalidad entre la inviabilidad de una empresa y la insuficiencia de una tarifa. Así las cosas, la inviabilidad de la empresa no demuestra la insuficiencia de la tarifa.

ewl

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Finalmente, cabe advertir que desde una perspectiva regulatoria y económica, es pertinente señalar que partir de una señal regulatoria exante, se espera que la conducta del tomador de la decisión de llevar a cabo o no la inversión sea consecuente con el tipo de señal que establezca el regulador. Si esto no ocurre, en otras palabras, si las señales no son creíbles, aparece un problema de inconsistencia dinámica en la economía del comportamiento de los agentes: de manera exante ellos saben que el regulador siempre accederá a la modificación de las señales.

Por las razones precedentes, el cargo no prospera.

3. Sobre los “Efectos de la posición de la CREG en el desarrollo del sector”

Se queja la recurrente en este cargo de la señal que el regulador está enviando a un sector que atraviesa por una circunstancia crítica y afirma que si bien es cierto se vienen realizando expansiones en el Sistema de Transporte, aun sin existir una metodología tarifaria vigente, estas inversiones se vienen realizando a riesgo y que es preciso consolidar una relación de confianza que le permita a las empresas acometer inversiones con la confianza de que estas van a ser revisadas y evaluadas por el regulador, dice además que el regulador parece olvidar que la regulación debe tener una visión de largo plazo y que TRANSORIENTE no está pidiendo que se incluyan *per se* los costos reales en que incurrió, sino que la CREG determine su eficiencia a través de métodos técnicos reconocidos para el efecto.

A través de la Resolución CREG 042 de 2010, por la cual se resolvió una solicitud presentada por la empresa TRANSORIENTE S.A. E.S.P. de revisión de los cargos regulados por la Resolución CREG 044 de 2007, para la inversión que proyectaba realizar correspondiente al gasoducto Gibraltar-Toledo - Bucaramanga, la CREG no está enviando una señal regulatoria.

La recurrida Resolución CREG 042 de 2010, es un acto con efectos particulares y concretos, no sectoriales, luego mal puede enviar señales regulatorias al sector.

De otra parte, no es cierto que no exista una metodología tarifaria para determinar la remuneración del servicio de transporte de gas natural. La Resolución CREG 001 de 2000 estableció los criterios generales para determinar la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte.

En cuanto a que TRANSORIENTE no pretende que se le reconozcan los costos reales en que incurrió sino que la CREG determine su eficiencia a través de métodos técnicos reconocidos para el efecto, vale observar que la CREG a través de su Resolución 044 de 2007, aplicó los criterios de eficiencia previstos en la metodología vigente para valorar la inversión que la empresa proyectaba hacer, esto es, la prevista en la Resolución CREG 001 de 2000.

Por las razones precedentes, el cargo no prospera.

4. Sobre la “Actuación del regulador como contrario (sic) al principio de buena fe y violatorio de la confianza legítima”

ew

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Expone bajo este título la recurrente que esta actuación se hizo bajo el supuesto de que existían instituciones y leyes que permitían una revisión del acto administrativo, actualizándolo con el valor real y eficiente que refleja el costo de construcción del gasoducto, que su actuación se enmarca dentro de la "confianza legítima" como el derecho que le asiste a los administrados de que las instituciones actúen no solamente conforme al marco legal vigente, sino en cumplimiento de los cometidos estatales obrando de buena fe y de forma oportuna.

Según la recurrente el principio de confianza legítima fue quebrantado por la CREG poniendo en peligro la viabilidad de la empresa, lo cual explica a partir de los elementos que, según su entendimiento, estructuran la *confianza legítima*, a saber:

- a. La existencia de una relación jurídica entre el administrador y el administrado, la cual, en este caso se materializa entre la CREG, como reguladora y TRANSORIENTE, como regulada.
- b. La existencia de una palabra dada, como aquella acción que puede esperarse del Estado, por la vía de la existencia de una norma objetivamente determinable, que de manera razonable permita que el particular pudiera esperar una actuación por parte de la administración en un sentido determinado. En este caso la recurrente identifica esa norma en los parámetros de aplicación preferente establecidos en la Ley 142 de 1994, de acuerdo con la cual es competencia del regulador determinar la tarifa de acuerdo con los procedimientos establecidos en la misma ley, la cual, según la recurrente, no contempla la figura de la metodología tarifaria. Agrega que la determinación de la tarifa así como la metodología tarifaria son actos administrativos que de acuerdo con la ley son móviles y que pueden ser modificados dentro del periodo tarifario cuando se produzca alguno de los elementos que permita determinar que haya lugar al cambio efectivo de la tarifa solicitada o al finalizar el periodo tarifario. Esta palabra dada, según la recurrente, debe cumplir los siguientes elementos: (i) Tener una existencia cierta en el ordenamiento jurídico, (ii) no tener una vigencia temporal, (iii) existir una identidad entre los destinatarios de la palabra previa y la posteriormente emitida.
- c. La confirmación de la palabra dada con actos, la cual, según la recurrente, para este caso consiste en que el regulador para el transporte de gas estableció unos criterios en la Resolución CREG 101 de 1998, entre ellos, que podía haber lugar a la inclusión de los costos reales, siempre y cuando estos fueran eficientes y estuvieran relacionados con el servicio público de transporte. Dentro de este concepto también incluye, el hecho, según la recurrente, de que el regulador tuvo la oportunidad de desestimar las pretensiones de TRANSORIENTE respecto del proyecto y la decisión de continuarlo en algunas de las reuniones sostenidas, así como de actuar de manera oportuna y diligente, pues presentó la posibilidad de que el valor a incluir en la base tarifaria, fuera aquel que realmente se contratara a través de mecanismos de participación abierta.
- d. La actuación diligente del interesado. En lo sustancial, la hace consistir la recurrente en que su actuación fue guiada por la buena fe al acudir a las

ell

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

instituciones para iniciar una discusión abierta y transparente respecto de los costos reales del gasoducto y de la necesidad de que la base tarifaria sea ajustada de acuerdo con la realidad, para lo cual presentó múltiples alternativas y mantuvo al tanto al regulador del desarrollo del proyecto, particularmente, de las dificultades presupuestales y de su intención de construir el gasoducto como un voto de confianza en la institucionalidad del país y como respuesta a los requerimientos que venía haciendo el Ministerio de Minas y Energía para que los transportadores hicieran las expansiones necesarias. Agrega que ante la disyuntiva de suspender o continuar el proyecto, optó por esta última.

e. Actuación de buena fe exenta de culpa, en donde expone que la alternativa de condicionar el proyecto a la determinación de una tarifa por el regulador, hubiera implicado que el proyecto se suspendiera por un término indefinido que fue de nueve meses e incurrir en multas por retraso pactadas en el contrato de suministro celebrado con gas natural. Agrega que era claro que la empresa al momento de pedir una revisión tarifaria, podía estar expuesta a una discusión respecto de la eficiencia de las inversiones o que el regulador no admitiera la revisión pero la involucrara en la próxima revisión tarifaria, más no al no reconocimiento de las inversiones realizadas *per se*.

Bajo el título de *Actuación del regulador contraria a los principios de la confianza legítima*, afirma que el regulador interpretó restrictivamente su propio acto pues en la regulación recurrida afirmó que el único criterio existente para determinar la eficiencia de una inversión es el de la comparación de los costos del gasoducto con otros similares, cuando el artículo 2 de la Resolución CREG 001 de 2000 en la definición de *Inversión Base*, permite otros criterios de evaluación, como lo es el valor derivado de las diferentes convocatorias públicas realizadas para la compra de bienes y servicios necesarios para la construcción del gasoducto.

También se violó la confianza legítima porque la CREG no acudió a criterios técnicos para aplicar los propios actos administrativos y aquellos criterios de carácter legal de obligatorio cumplimiento.

Agrega que si el regulador tenía dudas acerca de los datos incluidos como afirmaciones ciertas dentro de la solicitud tarifaria ha debido decretar pruebas de conformidad con lo establecido en el artículo 108 de la Ley 142 de 1994 y que falló en su diligencia en la medida en que era informado del desarrollo del proceso en reuniones celebradas con algunos expertos de la CREG, la cuales fueron oportunidades importantes para que el regulador advirtiera su posición respecto de los costos reales del proyecto.

Finalmente dice que hubo una falla en la prestación del servicio porque el regulador se tardó nueve (9) meses en expedir la resolución que se recurre en donde no presentó un análisis técnico y que bien se hubiera podido expedir durante los primeros meses.

Para responder a este cargo se hace necesario puntualizar que la recurrente concreta la palabra dada o la norma respecto de cuyos efectos reclama la confianza legítima en los parámetros de aplicación preferente establecidos en la

004

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Ley 142 de 1994 de acuerdo con los procedimientos establecidos en la misma ley, la cual, según la recurrente, no contempla la figura de la metodología tarifaria y en la circunstancia de que la determinación de la tarifa así como la metodología tarifaria, en su criterio, son actos administrativos que de acuerdo con la ley son móviles y pueden ser modificados dentro del período tarifario cuando se produzca alguno de los elementos que permita determinar que haya lugar al cambio efectivo de la tarifa solicitada o al finalizar el período tarifario.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha definido la confianza legítima como aquella institución que propende por proteger los intereses de los ciudadanos frente cambios bruscos e intempestivos realizados por las autoridades que si bien, no son violatorios de derechos adquiridos, sí pueden eventualmente desconocer situaciones respecto de las cuales se esperaba cierta estabilidad:

Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada¹, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación.²

Más recientemente, sobre el particular dijo lo siguiente la H. Corte Constitucional:

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el principio de la confianza legítima consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.³

¹ Ver, entre otros, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, Madrid: Editorial Civitas, Tomo II, pág 375.

² Sentencia C-478/98.

³ Sentencia T-472/09

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Bajo esta perspectiva interesa establecer si la CREG en la expedición del acto recurrido quebrantó el principio de confianza legítima, esto es, si con su expedición se suscitó un cambio abrupto o intempestivo que vulneró las justas expectativas de TRANSORIENTE.

Sobre la existencia y obligatoriedad de las metodologías tarifarias

Al respecto debe anotarse que la recurrente no identifica de manera puntual la norma o palabra dada que, según su entendimiento, configura la situación o conducta de la CREG respecto de la cual era demandable un comportamiento ajustado a la confianza legítima. Parece referirla en abstracto a las normas de la Ley 142 de 1994 que permiten las modificaciones de las metodologías tarifarias y de las tarifas, las cuales, según su entendimiento, son móviles, amén de que las metodologías tarifarias no están contempladas en la ley.

A diferencia de lo sostenido por la recurrente, son abundantes las referencias que hace la Ley a las metodologías tarifarias.

El numeral 14.10 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, define la *Libertad regulada* como el *Régimen de tarifas mediante el cual la Comisión de Regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las Empresas de Servicios públicos Domiciliarios pueden fijar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor.* (hemos subrayado)

El artículo 86 ibidem establece que el régimen tarifario en los servicios públicos está integrado, entre otras, por *Las reglas relativas a procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas.* (hemos subrayado)

El parágrafo 2 del artículo 87 ibidem, dispone que *Para circunstancias o regímenes distintos a los establecidos en el parágrafo anterior [se refiere a los contratos celebrados mediante invitación pública], podrán existir metodologías tarifarias definidas por las comisiones respectivas. Para tal efecto, se tomarán en cuenta todas las disposiciones relativas a la materia que contiene esta ley.* (hemos subrayado)

El artículo 88 ibidem, dentro de las reglas de acuerdo con las cuales las Empresas de Servicios Públicos se someten al régimen de regulación, en su numeral 88.1 establece que *De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.*

Son pues varias las disposiciones de la Ley 142 de 1994 que consagran expresamente la existencia de las metodologías tarifarias. Particularmente, el parcialmente transscrito artículo 88 ibidem, establece que las Empresas de Servicios Públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada, libertad vigilada y libertad de acuerdo con las reglas que describe la misma norma, entre ellas, sus numerales 88.2 y 88.3,

010

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

los cuales establecen que las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado o cuando exista suficiente competencia entre proveedores según lo determinen las Comisiones de Regulación.

A contrario sensu, las empresas no tienen libertad para fijar tarifas cuando tienen una posición dominante en su mercado o cuando no existe competencia entre proveedores. En este caso de conformidad con lo previsto en el numeral 88.1 del artículo 88 ibidem, las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva Comisión, las cuales pueden incluir topes máximos y mínimos tarifarios o metodologías para determinación de tarifas.

Como la actividad de transporte de gas combustible por tuberías es una actividad monopólica, la remuneración a que tienen derecho los trasportadores, conforme a las normas transcritas, está sometida a una fórmula o metodología tarifaria contenida en la Resolución CREG 001 de 2000.

Tal fórmula o metodología tarifaria goza de una estabilidad jurídica pues, aparte de estar contenida en un acto administrativo-regla de carácter general, abstracto y de obligatorio cumplimiento para la CREG y para las Empresas de Servicios Públicos, el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 le confiere una estabilidad en el tiempo y una estabilidad derivada de la restricción de los eventos que pueden precipitar su modificación: El error grave, la fuerza mayor, el caso fortuito y el mutuo acuerdo.

Con las anteriores anotaciones se evidencia que, contrario a los sostenido por la recurrente, las metodologías tarifarias, incluida la desarrollada en la Resolución CREG 001 de 2000, (i) tienen existencia legal, (ii) son vinculantes para la empresas y para la CREG, o mejor, en términos de la recurrente, son una camisa de fuerza para tales sujetos y (iii) no son móviles, como lo pretende hacer parecer, sino por el contrario, gozan de estabilidad en el tiempo y (iv) sólo de manera excepcional pueden ser objeto de modificación.

Este artículo 126 de la Ley 142 de 1994, es cierto, no tiene una vigencia temporal. Sin embargo, la posibilidad de modificar las fórmulas o metodologías tarifarias a las que se refiere, está limitada por el periodo de cinco (5) años a partir de su vigencia, razón por la cual en el acto cuestionado se señaló que la posibilidad de modificar la Resolución CREG 001 de 2000, contentiva de la metodología para la remuneración de la actividad de transporte de gas natural por red, ya se había agotado en el tiempo, y aunque la recurrente no pidió expresamente su modificación, tal análisis era oportuno ante su pretensión de que se desconociera el criterio de comparación contenido en el artículo 2 de la citada resolución, para la determinación de la inversión base.

Acerca de los presuntos cambios súbitos e inesperados en los actos de la CREG

En la petición de revisión tarifaria formulada por TRANSORIENTE se identificaron como normas con fundamento en las cuales la CREG debía acceder a la revisión tarifaria, los artículos 35, 93 y 126 de la Ley 142 de 1994.

oef

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Respecto de los artículos 35 y 93 citados, en el acto recurrido, la Resolución CREG 042 de 2010, se explica detalladamente por qué las citadas disposiciones son inaplicables a este caso y por qué a través de ellas no se puede desconocer la metodología tarifaria prevista en la Resolución CREG 001 de 2000, la cual contempla como criterio válido para la definición de la inversión base, la comparación con gasoductos similares, aplicada en el acto recurrido, para anteponer como criterio para determinar tal inversión los costos reales resultantes de una convocatoria realizada por la empresa.

También aparecen claramente explicadas las razones por las cuales no se accedió a la modificación de la tarifa determinada en la Resolución CREG 042 de 2010 por la vía del error grave o el mutuo acuerdo. Especialmente, porque en esa oportunidad no se evidenció la existencia de tal error y porque no era posible asignar a los usuarios riesgos sobre hechos sobrevinientes a la fijación de la tarifa.

Pues bien, respecto de esta forma de interpretar las referidas disposiciones de la Ley 142 de 1994 y de la Resolución CREG 001 de 2000 y de decidir las solicitudes de revisión tarifaria, no han existido actos o conductas atribuibles a la CREG respecto de los cuales se pueda identificar un cambio súbito o inesperado que defraude la confianza del administrado.

La recurrente cita la Resolución CREG 101 de 1998, expresando que en el caso particular del transporte de gas, en ella el regulador estableció, entre otros criterios, que podía haber lugar a la inclusión de los costos reales siempre que ellos fueran eficientes y estuvieran relacionados con el servicio público de transporte.

Mediante la Resolución CREG 101 de 1998 se resolvió el Recurso de Reposición interpuesto por la Empresa AMOCO COLOMBIA PETROLEUM COMPANY contra la Resolución CREG 004 de 1998, por la cual se estableció la tarifa de transporte para el gasoducto OPON – EL CENTRO – GALÁN.

Como se puede apreciar, se trata de un acto administrativo de carácter particular y concreto, con efectos sobre los interesados, respecto del cual no se puede predicar la fijación de criterios.

En segundo término, dicha Resolución se expidió en el año 1998, es decir, con anterioridad a la expedición de la Resolución CREG 001 de 2000 que contiene la metodología tarifaria conforme a la cual se definió la tarifa fijada en la Resolución CREG 044 de 2007, cuya revisión se solicita. En estas condiciones no se le puede tener como acto respecto del cual se identifique una interpretación a cargo de la CREG sobre la citada metodología tarifaria, amén de que una sola conducta no puede tenerse por una acción estatal prolongada en el tiempo respecto de la cual se pueda fundar una justa expectativa.

En tercer término, lo que existe en la resolución en cita es una alusión directa a la imposibilidad de reconocer todos los costos reales en que incurra una empresa:

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Pretender, como lo hace la parte recurrente, que todos los costos en que realmente incurra una empresa deben ser reconocidos dentro de la tarifa sería desconocer abiertamente la exigencia superior que busca que los usuarios paguen solamente aquellos costos que se darían en un mercado competitivo. De prosperar la tesis de la recurrente, no harían falta ni reglas ni autoridades en materia tarifaria y bastaría que alguien estableciera la veracidad de los gastos de las empresas para que éstas los convirtieran en tarifas. (hemos subrayado)

En cuarto término, TRANSORIENTE solicitó el reconocimiento de una inversión nueva correspondiente al gasoducto Gibraltar-Toledo-Bucaramanga, conforme a lo establecido en la metodología de la Resolución CREG 001 de 2000.

Dicha metodología, en la forma en que fue modificada por la Resolución CREG 073 de 2001, establece que para la remuneración de estas inversiones puede optarse por las siguientes alternativas: (i) Aplicar los cargos regulados vigentes para el gasoducto o grupo de gasoductos del cual se derive, o (ii) formular una solicitud de cargos de transporte independientes para la remuneración de las inversiones no previstas por el transportador en el programa de Nuevas Inversiones.

TRANSORIENTE optó por la segunda de estas alternativas cuando la obra aun no se había realizado, luego era imposible considerar costos reales.

Por las citadas razones, a la Resolución CREG 101 de 1998 no se le puede tener como un antecedente respecto del cual se pueda predicar un cambio inesperado o súbito en el actuar de la CREG.

Por el contrario, en el acto recurrido se citan actos de la CREG que sí guardan analogía con el acto recurrido y donde la CREG negó la pretensión de reconocer los costos reales incurridos por las empresas y producto de convocatorias públicas.

Se citó la Resolución CREG - 132 de 2008, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto por Codensa S.A ES.P, mediante el cual se pretendía la actualización del Costo Anual de los Activos de Conexión al STN y el Costo Anual por el Uso de los Activos del Nivel de Tensión 4 por la entrada en operación de la S/E Bacatá y los activos asociados con los costos reales incurridos por la empresa producto de una convocatoria pública internacional.

También se citó la Resolución 087 de 2004 mediante la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P. contra la Resolución CREG-022 de 2004, específicamente, contra sus artículos 5 y 6, en los cuales se señaló el cargo promedio de distribución de gas combustible por red aplicable al Mercado Relevante atendido por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P. En aquella oportunidad EEPPM solicitaba modificar la valoración de los activos inherentes a la operación, considerando para ellos los precios reales en que incurrió surgidos de los procesos licitatorios contractuales abiertos a nivel nacional para la construcción de la red, por ser estos procesos, según la recurrente, garantía para obtener mejores precios.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Como se puede apreciar, el actuar de la CREG, contrario a lo sostenido por la recurrente, ha sido uniforme y coherente en cuanto se refiere al reconocimiento de costos reales producto de convocatorias no previstas en las metodologías tarifarias, como uniforme y coherente ha sido su actuar respecto al sometimiento de la remuneración de las empresas que ejecutan actividades integrantes de los servicios públicos domiciliarios a metodologías tarifarias que al recurrente se le antojan inexistentes en la Ley y no vinculantes; por ejemplo, la Resolución CREG 097 de 2008 donde se define la metodología para la remuneración de la actividad de distribución de energía eléctrica, la Resolución CREG 031 de 1997, donde se define la metodología para establecer el costo base de comercialización que remunera la actividad de comercialización de energía eléctrica, la Resolución CREG 011 de 2009, donde se estableció la metodología y fórmulas tarifarias para la remuneración de la actividad de transmisión de energía eléctrica en el Sistema de Transmisión Nacional, la Resolución CREG 045 de 2002, donde se estableció la metodología de cálculo y ajuste para la determinación de la tasa de retorno a utilizarse en las fórmulas tarifarias de la actividad de distribución de gas combustible por redes, la resolución CREG 011 de 2003 donde se establece la metodología para remunerar las actividades de distribución y comercialización de gas combustible, etc.

Para la CREG es claro entonces que respecto del reconocimiento de costos reales producto de convocatorias no previstas en las metodologías tarifarias y del sometimiento de la remuneración de los agentes que ejecutan las actividades sometidas a su regulación a fórmulas o metodologías tarifarias de obligatorio cumplimiento, la CREG, no solo ha observado una conducta ajustada al ordenamiento legal sino coherente y uniforme respecto de la cual no cabe cuestionamiento alguno por el presunto desconocimiento de la confianza legítima.

Ahora bien, la recurrente también funda la presunta violación de la confianza legítima por parte de la CREG en la circunstancia de que sostuvo reuniones en esta entidad en las cuales participaron algunos expertos que forman parte de la CREG y donde se expuso la posibilidad de que el valor a incluir en la base tarifaria, fuera aquel que realmente se contratara. Por esta circunstancia acusa al regulador de no haber desestimado las pretensiones de TRANSORIENTE respecto del proyecto y la decisión de continuarlo y de no haber dicho nada respecto de la necesidad de contar con una aprobación previa por parte del regulador, ni mucho menos la de detener el proyecto a la espera de un pronunciamiento previo y expreso.

Lo primero que se debe decir sobre el particular es que la CREG rechaza la actitud de TRANSORIENTE que aprovechándose de la obligación y buena disposición que tiene la entidad para recibir en sus instalaciones a todas las personas que así lo soliciten, pretende a partir de tales reuniones celebradas por fuera de la actuación y, en tal condición, informales, pre constituir pruebas de una supuesta conducta omisiva de nuestra parte consistente en no haber parado o suspendido el proyecto o desestimado las pretensiones de la empresa o haber exigido una aprobación previa del regulador en aquellas reuniones.

Bien sabe TRANSORIENTE y en ello reside lo reprochable de su actuar, que en tales reuniones, las cuales la recurrente no identifica en el espacio ni en el

04

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

tiempo, los empleados de la CREG allí presentes no podían adoptar semejantes decisiones y algunas de ellas, ni la misma CREG, por las siguientes razones:

a. La decisión de construir el gasoducto, no construirlo, parar o suspender su construcción, es una decisión empresarial que corresponde a TRANSORIENTE conforme a los postulados constitucionales de libertad de empresa y al artículo 10 de la Ley 142 de 1994 que garantiza la libre entrada en el sector.

Luego resulta verdaderamente sorprendente que la recurrente pretenda que algunos miembros de la CREG en reuniones informales celebradas por fuera de la actuación, se inmiscuyan en decisiones empresariales que son del resorte de la empresa, para sustituirla en la ponderación de sus propios riesgos.

La decisión de construir o no construir el gasoducto es de la entera responsabilidad del agente. La CREG no otorga permisos ni aprobaciones previas para tales efectos pues tal función no está dentro de su ámbito de competencia.

Ni en la Resolución CREG 044 de 2007, ni en ninguna otra, la CREG ha impuesto a TRANSORIENTE la construcción del gasoducto Gibraltar – Toledo Bucaramanga, como no lo ha hecho respecto de empresa o infraestructura alguna.

Las funciones de la CREG en esta materia se reducen a la definición de las fórmulas o metodologías tarifarias y a la definición de tarifas.

b. La CREG es un ente colegiado creado por la Ley 142 de 1994, integrada en la forma dispuesta en el artículo 1 del Decreto 2474 de 1999. Sus decisiones se adoptan por mayoría según lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2461 de 1999.

Luego, resulta errónea la asimilación que la recurrente pretende hacer de algunos miembros de la CREG presentes en reuniones informales, con la CREG sesionando formalmente, como absurda resulta su pretensión de que estos miembros hubiesen adoptado decisiones en nombre de la CREG.

c. Bien hicieron los miembros de la CREG presentes en tales reuniones en abstenerse de adoptar cualquier decisión o recomendación, no solo porque carecían de competencia para hacerlo sino porque, de haberlo hecho, podrían haber incurrido en un prejuzgamiento o en una causal de recusación sobre decisiones a adoptarse con posterioridad.

Más allá de que su conducta prudente fue la adecuada a las circunstancias, ella demuestra que en estas reuniones no se pudieron generar en TRANSORIENTE ningún tipo de expectativas, porque como lo reconoce la propia empresa, en ellas los funcionarios de la CREG presentes no se pronunciaron en ningún sentido.

d. El desarrollo del proyecto Gibraltar Toledo Bucaramanga, desde el punto de vista legal y regulatorio, no está condicionado a que se produzca una revisión tarifaria, luego mal habrían hecho los funcionarios de la CREG presentes en tales reuniones, en exigir tal revisión. La decisión de solicitar la revisión tarifaria es del arbitrio de la empresa, la cual no puede alegar ahora su ignorancia sobre los

264

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

trámites legales necesarios para adelantar tal actuación, no solo porque *la ignorancia de la ley no sirve de excusa*, sino porque los tenía tan presentes que, en efecto, la solicitó formalmente mediante comunicación con radicación CREG E-2009-005347 del 12 de junio de 2009, la cual dio lugar al inicio de la presente actuación administrativa.

Se concluye de esta manera que de las reuniones que la recurrente sostuvo con funcionarios de la CREG, por fuera de la presente actuación administrativa, no pueden derivarse acciones u omisiones que lo hubiesen inducido a esperar una determinada decisión de esta entidad.

Sobre la “Actuación diligente del interesado” y “Actuación de buena fe exenta (sic) de culpa”

Como se señaló en el título anterior, la decisión de acometer inversiones en materia de servicios públicos domiciliarios se ubica en el plano de la libre empresa y, por lo tanto, corresponde adoptarla a los agentes del sector así como asumir los riesgos inherentes a la misma.

En ese sentido, se presume que un empresario prudente realiza los estudios necesarios para prever los costos en que va incurrir en el ejercicio de la actividad regulada, analiza los mercados de los materiales a utilizarse y las cantidades de obras que requiere la infraestructura.

Como ya se reseñó, ninguna decisión de la CREG ni de autoridad alguna obligó a TRANSORIENTE a la construcción del gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga.

TRANSORIENE por su propia voluntad solicitó una tarifa regulada y por su libre iniciativa emprendió la construcción de un gasoducto después de la aprobación de la tarifa mediante un acto administrativo que se encuentra en firme, la Resolución CREG 044 de 2007, la cual, según la recurrente, no cubre ni la mitad de los costos en que incurre. Nuevamente, no sobra agregar aquí que en esa ocasión, TRANSORIENTE no presentó recurso.

Esta es una conducta que la CREG no entrará a valorar como diligente o negligente, por no ser de su competencia, pero cuyos efectos son, en todo caso, de entera responsabilidad de la empresa que toma la decisión de construir el gasoducto y asumir los correspondientes compromisos contractuales, bajo la expectativa de que por un procedimiento excepcional, la CREG desconozca la tarifa que se encuentra en firme y que fijó ajustada a la metodología tarifaria prevista en la Resolución CREG 001 de 2000, la cual se pretende, se ignore y sustituya por un procedimientos no previsto en ella.

La CREG respeta y se abstiene de valorar estas decisiones empresariales, pero no encuentra nexo de causalidad que permita imputarle responsabilidad por sus consecuencias.

La CREG tampoco ha dudado de la buena fe de TRANSORIENTE, pero esto no significa que deba proceder de plano a modificar sus decisiones tarifarias que se encuentran en firme por el mero deseo del agente de que se le reconozcan los costos reales en que incurrió, producto de convocatorias celebradas bajo su

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

dirección y control y no previstas en la metodología para la remuneración de la actividad de transporte de gas natural.

Sobre la “Actuación del regulador contraria a los principios de la confianza legítima”

Se acusa a la CREG en esta parte del recurso de interpretar restrictivamente su propio acto, específicamente, porque, según la recurrente, se “... afirma que el único criterio existente para determinar la eficiencia de la inversión, es el de la comparación de costos del gasoducto con otros similares...”

En la resolución recurrida, por parte alguna aparece tal afirmación. Lo que allí se expresó es que “... la metodología para determinar la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte contenida en la Resolución CREG - 001 de 2000 y aplicada en la Resolución CREG - 044 de 2007 cuya revisión se pretende, no contempla como mecanismo para la definición de los correspondientes cargos, la adopción de los resultados de una invitación pública o de un proceso de convocatoria.”

También se expresó respecto de esta metodología que “Lo que allí está dispuesto como mecanismo para definir los costos eficientes, es la comparación con otros gasoductos similares, lo cual fue, precisamente, lo que se hizo en la Resolución CREG - 044 de 2007, al utilizar como parámetro de comparación los gasoductos Andinos.”

En resumen, se afirmó que la metodología contempla como criterio para definir los costos eficientes, la comparación del respectivo gasoducto con otros similares, pero no contempla la adopción de los resultados de una convocatoria pública, lo cual dista de la afirmación que la recurrente le endilga al acto recurrido.

La metodología tarifaria contenida en la Resolución CREG 001 de 2000 define en su artículo 2 la forma en que se determina la inversión base, en los siguientes términos:

Inversión Base: Es aquella que reconoce la CREG y que corresponde a un dimensionamiento consistente con el Factor de Utilización Normativo del gasoducto, con la Demanda Esperada de Capacidad y de Volumen y con costos eficientes comparables con otros gasoductos similares u otros criterios de evaluación de que disponga la CREG. La Inversión Base deberá considerar las normas de seguridad establecidas por el Ministerio de Minas y Energía, el Reglamento Único de Transporte y las normas aplicables emitidas por autoridades competentes. (hemos subrayado)

En la norma trascrita está expresamente contemplada como metodología para la determinación de la inversión base, la comparación con gasoductos similares y no está expresamente establecida la adopción de los resultados de una convocatoria pública.

Es cierto que la norma permite para la determinación de la inversión base la aplicación de otros criterios de que disponga la CREG; sin embargo, en tratándose de una inversión nueva y proyectada, como la reconocida en la

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Resolución CREG 044 de 2007, obvio es que la CREG en estas situaciones **no dispone** de la información de las convocatorias realizadas, además de que los costos reales incurridos no son un criterio aceptable para su determinación conforme a lo considerado en el acto recurrido. Tiene pues esta metodología una naturaleza *ex ante*, en el caso de nuevos proyectos de inversión, que riñe con la pretensión de que se reconozcan costos reales.

No sobra advertir que la regulación vigente es de altos incentivos y es natural que los valores eficientes de las inversiones que se determinen sean superiores o inferiores a los valores reales en los que incurren las empresas. En estos términos, y como ya se ha expresado aquí, cuando el regulador reconoce costos reales estamos en presencia de una técnica regulatoria diferente a la establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, la cual exige otras condiciones.

En suma, la CREG aplicó la metodología indicada por la metodología tarifaria para la definición de la inversión base, la cual es revisable siempre que se encuentre que en su cálculo se incurrió en un error grave o en algunos de los eventos previstos en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994.

En estas condiciones no puede la CREG inmotivadamente desconocer su propio acto so pretexto de reconocer los costos que arroja una convocatoria realizada por el agente bajo sus propias reglas y control, perdiendo de vista que en la definición de tarifas se encuentran en tensión los intereses de las empresas y de los usuarios y que a partir de esta realidad y la de que las empresas transportadoras ostentan una posición monopólica, sus tarifas están sometidas a regulación, la cual incluye, por supuesto, la metodología tarifaria para su adopción.

También se cuestiona el acto recurrido en este apartado del recurso, por, supuestamente, no aplicar el procedimiento probatorio contenido en la Ley 142 de 1994, específicamente por pretermitir la aplicación del artículo 108, que, según la recurrente, obligaba al regulador a decretar pruebas si tenía dudas respecto de los datos incluidos como afirmaciones ciertas dentro de la solicitud tarifaria.

Respecto de esta glosa debe aclararse, en primera instancia, que en el acto recurrido en manera alguna la CREG declaró la existencia de dudas sobre la información o diferencias de información.

La alusión que se hizo a la carga de la prueba en cabeza del peticionario, hoy recurrente, tenía, contrario a lo afirmado por la recurrente acerca de la obligación de decretar pruebas, el propósito de destacar que los documentos en que supuestamente constaba la realización de la convocatoria pública, cuyos valores se pretende, se traduzcan en tarifas, no eran necesarios como prueba, además de que no se habían allegado al proceso:

Sobre el particular debe señalarse, conforme a lo considerado en el numeral anterior, que tales documentos, de existir, no pueden ser prueba del error en que supuestamente incurrió la CREG, sino, a lo sumo, de los costos reales en que incurrió o incurrirá la empresa, los cuales, conforme a lo analizado, no pueden ser reconocidos vía revisión tarifaria.

an

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Por lo demás, tales documentos no fueron allegados a la actuación, no obstante que su aportación es una carga del solicitante, pues conforme al artículo 117 del C.P.C “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

Finalmente, sobre la presunta falla del servicio por la tardanza en la definición de la actuación administrativa que culminó con el acto recurrido, debe observarse que, conforme a lo previsto por el artículo 111 de la Ley 142 de 1994, el término para la adopción de la decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas a que se refiere el artículo 106 ibidem, es de cinco (5) meses contado a partir de la primera de las citaciones o publicaciones. En el presente caso, el primero de tales eventos se produjo con la publicación de un extracto de la solicitud en el periódico Vanguardia Liberal el día 20 de agosto de 2009; luego el término para la adopción de la decisión iba hasta el 20 de enero del año en curso.

La decisión se adoptó mediante Resolución CREG 042 del 16 de marzo de 2010, es decir, 55 días después de la referida fecha.

La CREG ha hecho todos los esfuerzos posibles por dar cumplimiento a los términos legales; sin embargo, el volumen de materias a su cargo y su complejidad, hacen que no siempre se pueda alcanzar este cometido; sin embargo, no creemos, conforme a lo expuesto, que el retraso de los 55 días pueda ser el origen de la inviabilidad que TRANSORIENTE dice padecer.

5. Sobre los “Parámetros definidos por el regulador para la determinación de la eficiencia de las inversiones”

En este título la recurrente se refiere a los análisis que la CREG hizo para tomar la decisión adoptada en la Resolución CREG 044 de 2007.

Primero advierte que en la fuente utilizada por la CREG para establecer los costos de inversión de los gasoductos Norandino, Gas Atacama, Gas Andes y Gas Pacífico aparece una información que es distinta a la que la CREG referenció en el documento CREG 035 de 2007.

Posteriormente, señala que la CREG no consideró otras variables relevantes en la explicación del costo de construcción de un gasoducto como las condiciones del terreno, la complejidad técnica de la construcción, la frecuencia de saltos abruptos y las particularidades y exigencias ambientales. Como prueba de esta afirmación la recurrente presenta un mapa satelital para indicar que buena parte del recorrido del gasoducto Gas Pacífico no es en terreno montañoso, sugiriendo así que su trazado no es comparable con el del proyecto de gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga.

Luego indica que la CREG tomó cuatro gasoductos e hizo una regresión con esa información. Resalta que no resulta correcto “correr” un modelo econométrico con cuatro datos solamente y sugiere, sin decir cómo, utilizar métodos más especializados como *bootstrapping*, matemáticas complejas o redes neuronales.

Anota la recurrente que “resulta aún más sorprendente cómo no fueron tomados dentro de la muestra Gasoductos nacionales como el Sebastopol – Medellín, e

59

000

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

incluso el gasoducto Mariquita - Cali con sus inversiones realmente ejecutadas, las cuales presentan costos unitarios superiores a la pequeña muestra tomada por la CREG pero que igualmente atraviesan parte de la cordillera de los Andes⁴"

TRANSORIENTE en la siguiente tabla registra otros gasoductos y oleoductos, sugiriendo a la CREG que era posible ampliar la muestra:

No.	Nombre	País	ARG entrado en operación	COSTO Millones USD del año de entrada en operación	LONGITUD Km	PULGADAS
1	Carnisea - Lima	Perú	2004	820	714	19.6
2	Oleoducto Crudo Pesado	Ecuador	2003	1343	485	31.5
3	Gasbol	Bolivia-Brasil	2000	2,000	3,200	36.0
4	Oleoducto Central Ocensa	Colombia	1997	1,300	836	26.9
5	Norandino	Argentina-Chile	1999	400	1,066	18.1
6	Gasatacama	Argentina-Chile	1999	650	940	20.0
7	Del Pacífico	Argentina-Chile	1999	400	638	20.7
8	Gasandes	Argentina-Chile	1997	325	463	24.0
9	Mariquita - Cali	Colombia	1997	240	343	20.0
10	Sebastopol-Medellín	Colombia	1997	64.35	148	12.1

En seguida la recurrente muestra un análisis de los precios del acero para señalar que la CREG no tomó, en las estimaciones de los valores eficientes de la inversión, el verdadero incremento en los precios de ese bien y la tendencia alcista que se registraba en el momento de la toma de la decisión (Resolución CREG 044 de 2007).

Por último, en el numeral 5 del recurso, la recurrente, al advertir los problemas de la comparación para fijar el valor eficiente de la inversión del gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga muestra que la Resolución CREG 001 de 2000 contempló que era posible utilizar otros criterios de evaluación. El argumento de la recurrente se dirige así a solicitar que la CREG evalúe los costos de la contratación de TRANSORIENTE analizando y evaluando cuáles de ellos resultaron inefficientes.

Respecto al primer pronunciamiento, en el numeral 1 del Documento CREG 116 de 2010 se registró la información de los gasoductos Norandino, Atacama, Gas Pacífico y Gas Andes que se encontró en la fuente que se utilizó para establecer los costos unitarios de los citados gasoductos⁵.

Del análisis de la información se observa que, especialmente, los valores de la inversión en los gasoductos Pacífico y Atacama difieren de los datos que en la misma fuente la CREG tomó en el 2007.

Ante este hallazgo conviene al regulador establecer si hubo un error que tenga la entidad de grave. En la segunda parte (B. Análisis de la inversión eficiente a partir de la nueva información que recopiló la CREG) se muestra el correspondiente análisis.

⁴ "En sentido, la CREG comparó los costos reales del gasoducto, con los costos reconocidos dentro de las bases tarifarias

⁵ La fuente fue el sitio de internet de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ver Documento CREG 116 de 2010

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Sobre si resulta correcto o no utilizar una muestra de cuatro datos para establecer una tendencia advertimos que en los análisis de la información, que derivaron en la decisión tomada con la Resolución CREG 044 de 2007, se detectó la presencia de economías de escala por longitud. Ante ese hecho, con la información disponible, se estimó una tendencia para establecer qué incremento debía hacerse sobre un gasoducto de 190 km, en similares condiciones.

En relación con la variación en el acero, la CREG tomó un incremento promedio, lo cual es erróneo pues resulta más preciso tomar la variación en el momento de la toma de la decisión. Es decir, el primero de junio de 2007, fecha en la cual se tomó la decisión. Este elemento también indica la necesidad de valorar si hubo un error con la entidad de grave. En la segunda parte (B. Análisis de la inversión eficiente a partir de la nueva información que recopiló la CREG) se muestra el correspondiente análisis.

La recurrente cuestiona que la CREG no tuvo en cuenta la tendencia alcista de los precios que se observó después de junio de 2007, momento de la toma de la decisión. En este tema es necesario señalar que la mejor aproximación de los valores eficientes es en el momento de la toma de la decisión. Adicionalmente, con la metodología prevista en la Resolución CREG 001 de 2000, una vez la CREG aprueba los cargos para una nueva inversión, se desconoce cuándo efectivamente entrará en operación el activo.

Respecto a la muestra que presenta la recurrente, en la cual hay oleoductos y gasoductos, advertimos varios elementos:

- i. Los oleoductos, especialmente cuando presentan perfiles con pendientes cambiantes y pronunciadas, son diseñados con unas especificaciones significativamente más exigentes a la de los gasoductos. Fundamentalmente esto se explica por el manejo de las presiones.

En consecuencia, las referencias de los oleoductos contienen elementos que distorsionan la comparación.

- ii. La recurrente advierte que los gasoductos de Mariquita Cali y Sebastopol Medellín han debido considerarse en razón a que presentan condiciones similares a las del proyecto Gibraltar Toledo Bucaramanga. Esos gasoductos atraviesan parte de la cordillera de los Andes.

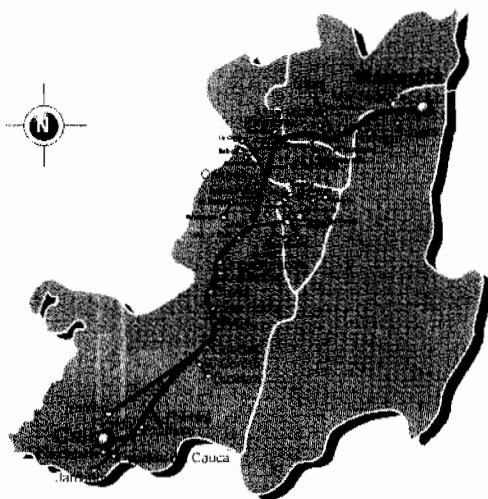
La CREG hizo el ejercicio de actualizar a diciembre de 2005 los valores que TRANSORIENTE reportó para esos gasoductos (ver Tabla 2) y encontró que los valores coinciden con el valor que la CREG aprobó en la Resolución CREG 044 de 2007.

No obstante lo anterior, los perfiles, las dificultades de acceso y las exigencias ambientales (ambos tubos fueron construidos a mediados de los noventas) no son similares a la que enfrenta el gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga

En el Gráfico 1 se muestra el trazado del gasoducto Mariquita – Cali. Se observa que durante toda su trayectoria hay poblaciones establecidas y el acceso no es tan complejo como el de Gibraltar Toledo Bucaramanga (Ver Gráfico 4).

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Gráfico 1.

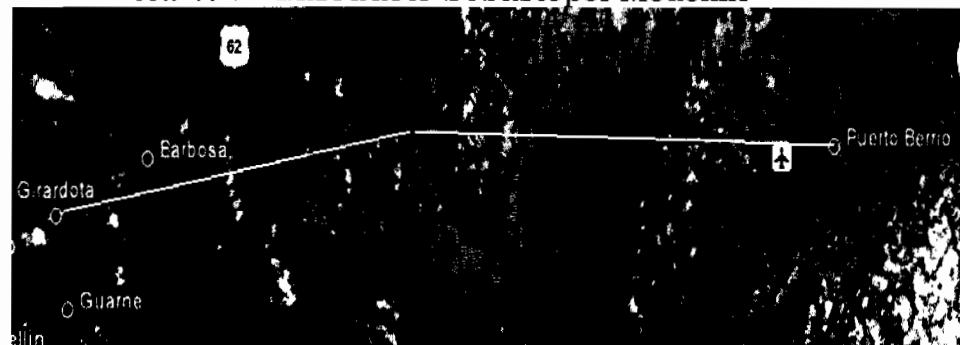


En los Gráficos 2 y 3 se aprecia el trazado del gasoducto Sebastopol – Medellín.

Gráfico 2.



Gráfico 3. Gasoducto Sebastopol Medellín



[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Gráfico 4. Gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga



En el Gráfico 4 se observa que el trayecto del gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga enfrenta durante todo el recorrido montaña.

- iii. Del gasoducto Gasbol (ver Tabla 2) no fue posible corroborar la información con una fuente confiable. Sin embargo, es preciso señalar que según los datos aportados por la recurrente, este gasoducto tiene unas dimensiones de longitud y diámetro significativamente diferentes a las del gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga.
- iv. Las características físicas del gasoducto de Camisea indican que puede ser un buen candidato para incluirlo en la muestra.

En la Tabla 2 se muestra, de acuerdo con los datos reportados por TRANSORIENTE, el costo unitario de ese gasoducto en diciembre de 2005 (US\$ 86.6 metro por pulgada). No obstante, la CREG, a través del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería y de la Agencia de Promoción Privada en Perú, encontró lo siguiente: el proceso de asignación fue por convocatoria, regulado por el Gobierno del Perú, y el ganador obtuvo una concesión por 33 años. El consorcio que resultó asignado ofertó un valor de US\$ 956 millones, el cual incluyó la Inversión y los AOMs. Adicionalmente, el gasoducto, tiene varios diámetros.

En los análisis se encontró que el gasoducto de Camisea conviene incluirlo dentro de la muestra de análisis, advirtiendo la necesidad de evaluar cuál fue el verdadero costo de inversión. En la segunda parte (B. Análisis de la inversión eficiente a partir de la nueva información que recopiló la CREG) se presentan los correspondientes análisis.

- v. Respecto a los gasoductos Norandino, Atacama, Pacífico y Gas Andes, la CREG encontró en la Superintendencia de Electricidad y Combustibles de Chile, en el Ente Nacional Regulador del Gas en Argentina y a través de la firma Freyre & Asociados nueva información. En la segunda parte (B. Análisis de la inversión eficiente a partir de la nueva información que recopiló la CREG) se muestran los correspondientes análisis. La citada información se registró en el Documento CREG 116 de 2010.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Información aportada por TRANSORIENTE en el recurso y actualizada por la CREG

Nombre	País	Año	Inversión (año de entrada en operación)	Metros	Pulgadas	Inversión Dic 2005	US\$ Dic 2005 / m - P
Camisea Lima	Peru	2004	820	714	19,6	1.212	86,6
Gasbol	Bolivia Brasil	2000	2.000	3200	36	2.976	25,8
Norandino	Argentina Chile	1999	400	1066	18,1	558	28,9
Atacama	Argentina Chile	1999	650	940	20	908	48,3
Pacifico	Argentina Chile	1999	400	638	20,7	558	42,3
Gas Andes	Argentina Chile	1997	325	463	24	439	39,5
Mariquita Cali	Colombia	1997	240	343	20	324	47,3
Sebastopol Medellin	Colombia	1997	64	148	12,1	87	48,5

Nota: La CREG hizo el ejercicio de actualizar los valores que presentó TRANSORIENTE así: el 35% con variación de acero, el 40% con variación de SM LV y el 25% con IPP.

6. Sobre los alegatos titulados “Respecto de los argumentos del regulador para rechazar la solicitud tarifaria”

Bajo este título la recurrente afirma que no es válido el argumento del acto recurrido acerca de que el artículo 93 de la Ley 142 de 1994 sólo aplica cuando el regulador lo determina pues la Ley es clara en que las fórmulas tarifarias deben comprender los resultados de las convocatorias abiertas que realizan las empresas con posición dominante; que afirmar que este artículo se refiere específicamente a las actividades de distribución, excluye las demás actividades de carácter complementario; que no es facultativo del ejecutor determinar si una parte de la norma es aplicable o no; que la ley prevalece frente a los actos administrativos que conforman la regulación; que una interpretación distinta a la que depreca la recurrente, implicaría aceptar que el transportador no tiene una posición dominante; que el regulador tiene como objetivo principal estimular comportamientos en las actividades monopólicas que se acerquen a aquellos que tendría un agente si estuviese en un mercado en competencia; que si un monopolio no tiene incentivos para adquirir bienes y servicios en condiciones de mercado, no recurrirá a mecanismos abiertos para la adquisición de los mismos; que el papel fundamental del regulador al momento de proponérsele un valor real es evaluar la contratación y que no se puede acoger simplemente la literalidad de la norma al afirmar que sólo existe un criterio para la determinación de la eficiencia de una inversión.

Parte este cargo de la premisa falsa de que en acto recurrido se sostuvo que los artículos 93 y 35 de la Ley 142 de 1994 son de aplicación discrecional del regulador y que, por lo tanto, se da una prevalencia a la regulación sobre la Ley.

En realidad en la parte motiva del acto cuestionado lo que se afirmó es que la aplicación de los artículos 93 y 35 de la Ley 142 de 1994, no es imperativa en la definición de la metodología para la remuneración del servicio de transporte de gas natural.

El texto del citado artículo 93 es el siguiente:

ARTICULO 93. .- Costos de compras al por mayor para empresas distribuidoras con posición dominante. Al elaborar las fórmulas de tarifas a las empresas que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes distintos proporcionados por terceros, el costo que se asigne a la compra al por mayor de tales bienes o servicios deberá ser el que resulte de la

27

af

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

invitación pública a la que se refiere el artículo 35, y en ningún caso un estimativo de él. (hemos subrayado)

Lo primero que se debe reconocer es que la disposición es imperativa, es decir, obliga al regulador a que en la elaboración de las fórmulas tarifarias, asigne un costo a la compra al por mayor de los bienes y servicios a los que se refiere la disposición comentada y que dicho costo debe ser el que resulte de la invitación pública contemplada en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994.

Quiere decir lo anterior que en las fórmulas tarifarias a que se refiere la norma debe el regulador obligatoriamente adoptar como método para asignar un costo a los bienes y servicios señalados por esta disposición, los procedimientos que aseguren la posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas en igualdad de condiciones previstos en el artículo 35 ibidem. Cabe destacar que la obligación se impone para la elaboración de las fórmulas y no para la expedición del acto mediante el cual se fijan las tarifas resultado de las fórmulas.

La Resolución CREG 001 de 2000, la cual contiene la metodología o fórmula para la determinación de la remuneración del servicio de transporte de gas natural, no contempla como método para la determinación de la inversión base, el resultado de procedimientos que aseguren la posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas.

Frente a esta realidad puede ocurrir una de dos cosas, (i) o la fórmula o metodología tarifaria omitió dar cumplimiento al citado artículo 93 y, en tal sentido, desconoce la ley, o (ii) la aplicación del artículo 93 no era imperativa para la definición de la inversión base que se considera en la remuneración de la actividad de transporte de gas natural.

Bajo la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, incluidos, por supuesto, los actos-regla, debe presumirse la legalidad de la resolución CREG 001 de 2000 y asumirse que la no inclusión de los resultados de una invitación pública como fórmula vinculante para la determinación de la inversión base para la remuneración de la actividad de transporte de gas natural, no es ilegal.

Al margen de esta presunción de legalidad que ampara la metodología definida en la citada resolución y su carácter vinculante para esta entidad y para los agentes, la CREG constata que el artículo 93 de la Ley 142 de 1994, no impone al regulador la obligación de incluir dentro de la fórmula o metodología tarifaria para la determinación de la remuneración de la actividad de transporte de gas natural, los resultados de la invitación pública a que se refiere el artículo 35 ibidem.

Lo anterior por cuanto los supuestos de hecho del citado artículo 93 indican claramente que tal exigencia sólo se predica (i) respecto de las empresas que tengan una posición dominante en el mercado, (ii) cuya principal actividad sea la distribución de bienes distintos proporcionados por terceros y (iii) para la asignación a la compra al por mayor de tales bienes o servicios proporcionados por terceros.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Es cierto que TRANSORIENTE y, en general, los transportadores de gas combustible ostentan una posición dominante en el mercado y su principal actividad es el transporte de gas combustible; sin embargo, con la metodología para la remuneración de transporte de gas combustible definida en la Resolución CREG 001 de 2000, no se está definiendo el precio de ese bien, el gas combustible.

Para este bien provisto por terceros, la Resolución CREG 075 de 2008 dispone mecanismos para la compra de gas combustible que garantizan transparencia y neutralidad.

Como se observó en el acto recurrido, algo semejante ocurre en el sector eléctrico, donde la CREG exige procedimientos que aseguren la libre concurrencia de oferentes para la compra de energía con destino al mercado regulado, según lo previsto en la Resolución CREG - 020 de 1996, modificada mediante la Resolución CREG - 167 de 2008.

Para estos casos, esto es, para la asignación en las fórmulas tarifarias de los costos de ese bien o servicio provisto por terceros, es que se exige que dichos costos sean los que resulten de los procesos de invitación pública a que se refiere el artículo 35 de la Ley 142 de 1994.

Pero esta restricción relativa a que el bien o servicio que se distribuye y cuyos costos se asignan, sea provisto por terceros, es la que limita el alcance del artículo 93 de la Ley 142 de 1994.

No podría ser de otra manera. Como se advirtió en el acto recurrido, asumir que esta disposición es exigible de todas las fórmulas o metodologías tarifarias, no sólo implica extender el alcance de la disposición a casos no previstos en ella, sino hacer nugatoria la función del regulador, la cual, en tal hipótesis, se limitaría a verificar los resultados de los procedimientos de concurrencia de contratistas.

Ello no puede ser así, no solo por las razones expuestas, acerca de las restricciones existentes en la norma para su interpretación sino porque el régimen tarifario previsto en los artículos 86 y siguientes de la Ley 142 de 1994 tiene un alcance mucho más amplio que no se compadece con la pretensión de TRANSORIENTE de que se reduzca a la adopción de los resultados de procesos que aseguren la libre concurrencia.

En este sentido debe destacarse que varios de los criterios para definir el régimen tarifario previsto en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 contienen exigencias sobre el diseño de las fórmulas y las metodologías tarifarias, las cuales tienen un alcance más amplio del de la invitación pública a que se refiere el artículo 35 de la Ley 162 de 1994, el cual, conforme atrás se vio, comprende la posibilidad de utilizar métodos de comparación con otras empresas. No es el único, claro está, pero es el adoptado por la Resolución CREG 001 de 2000.

Estos criterios que orientan el régimen tarifario son de cumplimiento obligatorio en las fórmulas o metodologías tarifarias; es decir, están formulados para su inclusión en ellas, con lo cual se revela que su adopción no es potestativa de la

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

CREG o de los agentes, una vez son adoptados en la respectiva fórmula o metodología tarifaria.

Así por ejemplo, el criterio de eficiencia económica previsto en el numeral 87.1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y medular en este caso, en tanto que lo que aquí se controvierte es su cumplimiento mediante la adopción del método de comparación con otros gaseoductos, debe incluirse y estructurarse en las fórmulas o metodologías tarifarias y no a discreción en los actos particulares y concretos de aprobación de tarifas o mediante el criterio libre de un perito:

87.1.- Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste.

Ratifica tal aserto el numeral 87.4 ibidem ya citado en este acto:

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.

En el mismo sentido dispone el artículo 92 de la Ley 142 de 1994, lo siguiente:

ARTICULO 92. .- Restricciones al criterio de recuperación de costos y gastos de operación. *En las fórmulas de tarifas las comisiones de regulación garantizarán a los usuarios a lo largo del tiempo los beneficios de la reducción promedio de costos en las empresas que prestan el servicio; y, al mismo tiempo, darán incentivos a las empresas para ser mas eficientes que el promedio, y para apropiarse los beneficios de la mayor eficiencia.*

Con ese propósito, al definir en las fórmulas los costos y gastos típicos de operación de las empresas de servicios públicos, las comisiones utilizarán no solo la información propia de la empresa, sino la de otras empresas que operen en condiciones similares, pero que sean más eficientes.

También podrán las comisiones, con el mismo propósito, corregir en las fórmulas los índices de precios aplicables a los costos y gastos de la empresa con un factor que mida los aumentos de productividad que se esperan en ella, y permitir que la fórmula distribuya entre la empresa y el usuario los beneficios de tales aumentos.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Como se puede apreciar, el papel fundamental del regulador es el de incluir los referidos criterios tarifarios en las fórmulas tarifarias y el de aplicarlos y no el de evaluar la contratación al momento de proponérsele un valor real, como lo pretende la recurrente.

Para el cálculo de la inversión base en la metodología tarifaria para la remuneración del servicio de transporte de gas natural contenida en la Resolución CREG 001 de 2000, se incluyó el método de comparación con gasoductos similares como fórmula para establecer la eficiencia de la inversión, lo cual, no solo se ajusta a los referidos criterios tarifarias sino que incentiva comportamientos como los que se tendrían en un mercado en competencia pues el agente se apropia de las mejoras en eficiencia sobre los gasoductos tomados como referencia.

Respecto de las alegaciones contenidas en el numeral 6 del recurso de reposición relativas a que las tarifas no son valores inamovibles sino que se van adecuando de conformidad con la realidad, nos remitimos a los argumentos ya expuestos en esta parte motiva acerca de la estabilidad de las fórmulas o metodologías tarifarias y a la existencia legal de estas últimas.

Sobre este punto debe destacarse que es clara la consagración legal de las metodologías tarifarias como fórmula para someter a regulación las tarifas de las empresas con posición dominante o que ejercen sus actividades en mercados que no cuentan con suficiente competencia. Es cierto que el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 no contempla expresamente el concepto de *metodología*; sin embargo, de conformidad con lo previsto en el numeral 88.1 del artículo 88 de la Ley 142 de 1994, se entiende que el concepto de fórmula comprende el de metodología tarifaria, no solo porque así se interpreta del texto de la referida disposición sino porque ambos conceptos tienen el mismo propósito de intervenir y regular la fijación de tarifas.

Pero más allá de que asumir que el artículo 126 ibídem resulta aplicable a las metodologías tarifarias constituye una correcta interpretación de la ley, supone además una garantía adicional para los usuarios y las empresas pues, de no interpretarse así, quedarían expuestos a la inamovilidad propia de los actos administrativos particulares y concretos en firme.

Por lo demás, la invocación del error grave previsto en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, como medio para modificar la Resolución CREG 044 de 2007 es uno de los fundamentos expuestos por TRANSORIENTE para sustentar su solicitud de modificación de la Resolución CREG 044 de 2007, luego resulta contradictorio que ahora pretenda que las metodologías tarifarias no existen.

Precisamente, con motivo de esta invocación fue que la CREG en el numeral 4.2 del acto recurrido analizó los argumentos expuestos por TRANSORIENTE sobre la existencia de un posible error grave en el cálculo de la tarifa definida en la Resolución CREG 044 de 2007. Luego no es cierto que esta entidad se haya limitado a examinar si existía un error en la metodología y no en su aplicación.

Ahora, con las nuevas razones y argumentos invocados por TRANSORIENTE en el recurso, se procederá al examen sobre el posible grave error de cálculo con los nuevos elementos de juicio.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Sobre la afirmación de la recurrente acerca de que para mantener actualizadas las tarifas a los valores reales y eficientes, el legislador facultó al regulador para determinar de común acuerdo con la empresa una modificación tarifaria, debe insistirse en lo expuesto en el acto recurrido acerca de que la Ley 142 de 1994 reguló de manera expresa los distintos hechos sobrevinientes a la fijación de la tarifa que pueden dar lugar a su ajuste o modificación, incluida su actualización, para la cual está previsto en el artículo 125 de la Ley 142 de 1994, la potestad de las empresas de actualizar las tarifas que cobran a sus usuarios aplicando las variaciones en los índices de precios que las fórmulas contienen. No está previsto que se actualizan las tarifas con los costos reales incurridos.

En el numeral 4.3 del acto recurrido se explicó por qué no existe fundamento legal para modificar la Resolución CREG 044 de 2007 por la vía del mutuo acuerdo. Entre las razones que allí se expusieron se incluye la que postula que esta no es una facultad que las Comisiones de Regulación puedan ejercer de manera indiscriminada y que, por lo tanto, debe aplicarse con sujeción a las normas que autorizan su ejercicio. En este sentido se expresó que aunque el peticionario invocó para modificar la tarifa por mutuo acuerdo, el cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, no explicó ni demostró los hechos que fundamentan tal afirmación; se limitó a afirmar que debía reconocerse los costos reales incurridos por la vía del mutuo acuerdo. Es decir, la carencia de argumentos provino de la petición y no del acto recurrido. Por esta razón es que la CREG se limitó a remitirse a los argumentos que ya se habían expuesto sobre la improcedencia del reconocimiento de los costos reales en sustitución a la aplicación de la respectiva metodología tarifaria.

Por las razones precedentes, el cargo no prospera.

7. Sobre la “Falsa e indebida motivación de la Resolución 044 de 2010 y abuso de poder”

En esta parte del recurso TRANSORIENTE afirma que el acto recurrido carece de fundamento técnico, que el problema fue abordado desde una perspectiva estrictamente jurídica, que en él se afirmó que “las inversiones reales son diferentes de las inversiones eficientes”, que es posible que los costos reales sean los costos eficientes, que el regulador debió probar la ineficiencia del costo presentado por TRANSORIENTE y que los instrumentos de comparación deben estar sustentados desde el punto de vista técnico para que puedan cumplir con su función objetivo.

La sola circunstancia de que un acto administrativo abunde en argumentos jurídicos respecto de los de índole técnica, no constituye vicio alguno que afecte su validez. La proporción entre argumentos técnicos y jurídicos puede depender de otro tipo de circunstancias, como por ejemplo, de los argumentos de la petición que se decide; pero no es algo que se decida deliberadamente o respecto de lo cual exista una regla preexistente a acatar.

No es cierto, de otra parte, que en el acto recurrido se haya afirmado que *las inversiones reales son diferentes de las inversiones eficientes*. Lo que allí se afirmó es que la metodología tarifaria contenida en la Resolución CREG 001 de 2000, para valorar la inversión base no tiene como medio, ni puede tenerlo, el

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

reconocimiento de los costos reales en que la empresa incurrió sino los eficientes y que para determinar tal eficiencia acudió a un criterio válido, la comparación con otros gasoductos similares.

También se afirmó que la labor del regulador no es la de reconocer los costos reales en que las empresas incurren, sino la de reconocer los costos eficientes que resulten de las fórmulas o metodologías tarifarias. Para el simple reconocimiento de los costos reales no se necesitaría de metodologías tarifarias ni de reguladores, sino simplemente de la información de la empresa sobre sus costos reales para incluirlos en el acto administrativo de aprobación de las tarifas.

Sin embargo, conforme a los visto en líneas anteriores, la Ley consagró la existencia de las fórmulas y metodologías tarifarias⁶, de la aprobación de las tarifas⁷ y del regulador⁸ como medio de intervención sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios que ostenten una condición monopólica o de dominio sobre un determinado mercado.

En ejercicio de tales funciones la CREG expidió la Resolución CREG 001 de 2000, por la cual se estableció la metodología para el reconocimiento de la remuneración del servicio de transporte de gas natural y conforme a las prescripciones de ésta, la Resolución CREG 044 de 2007 por medio de la cual se reconoció una tarifa de transporte a TRANSORIENTE. Dichas resoluciones en su condición de actos administrativos de autoridad, gozan de la presunción de legalidad y de fuerza ejecutoria, luego corresponde a quien pretenda su revocatoria o modificación, la carga de demostrar su ilegalidad o inconsistencia y no como lo pretende la recurrente, que sea la autoridad quien deba demostrar la ilegalidad de su propio acto a través de la demostración de la certeza o falsedad de las afirmaciones de la recurrente.

Por las razones precedentes, el cargo no prospera.

8. Sobre la “Confusión de la definición del concepto de regulación con el de expropiación”

Dice la recurrente que dentro de la discusión que se establece con el regulador a partir de la solicitud de revisión tarifaria, el principal argumento se fundamenta en el hecho de que los costos reales no corresponden a los costos eficientes, por cuanto los costos eficientes son establecidos únicamente de acuerdo con los criterios definidos en la metodología tarifaria. Agrega que se plantea si las facultades del regulador incluyen o no la expropiación vía la negación de una tarifa requerida para remunerar las inversiones realizadas y que la CREG no posee facultades expropiatorias y que las asignadas por la Ley no pueden tener ese efecto. Afirma que la ley concede a las Comisiones los recursos necesarios, incluyendo los instrumentos probatorios, para establecer la eficiencia de las inversiones y que, por lo tanto, cuando el regulador no determina ni analiza la eficiencia de una inversión y la desconoce, está por fuera de su competencia y

⁶ Numeral 73.11 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

⁷ Numeral 88.1 del artículo 88 de la Ley 142 de 1994.

⁸ Artículo 69 de la Ley 142 de 1994.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

haciendo un ejercicio abusivo de una función nominal. Si no existen fundamentos técnicos sólidos que demuestren la ineficiencia de las inversiones, el regulador estaría entrando en los dominios que son propios de la expropiación. Por eso manifiesta que TRANSORIENTE está dispuesta a que la eficiencia de las inversiones sea analizada de la manera como el regulador lo estableció en la Resolución 101 de 1998.

Respecto de los anteriores argumentos se observa que, conforme a lo ya analizado en este acto, el criterio de eficiencia está previsto en la Ley 142 de 1994 para ser observado en la definición de las fórmulas o metodologías tarifarias.

La metodología tarifaria para la remuneración de la actividad de transporte de gas natural está prevista en la Resolución CREG 001 de 2000 y en ella no está previsto que primero se realicen las inversiones y luego se valore su eficiencia y se reconozcan los costos reales incurridos.

Como ya se observó, fue TRANSORIENTE quien solicitó el reconocimiento de una inversión nueva correspondiente al gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga, conforme a lo establecido en la metodología de la Resolución CREG 001 de 2000 y fue esta empresa, según lo establecido por la Resolución CREG 001 de 2000, quien optó por formular una solicitud de cargos de transporte independientes para la remuneración de las inversiones, cuando la obra aun no se había realizado.

Bajo estas condiciones la CREG utilizó un método de evaluación de la inversión base expresamente reconocido por el artículo 2 de la Resolución CREG 001 de 2000, consistente en la comparación de costos con gasoductos similares. Quiere decir que aplicó el criterio de eficiencia establecido por la metodología tarifaria y que no está previsto en la Ley ni en la regulación que con posterioridad a la realización de la inversión se modifiquen los criterios tarifarios previstos en la metodología tarifaria para reconocer los costos reales incurridos.

Respecto de los argumentos que sugieren un presunto acto expropiatorio a cargo de la CREG, se manifiesta que ciertamente, como lo manifiesta la recurrente, la CREG no goza de facultades atribuidas por la Ley para efectuar expropiaciones y que para que ésta pueda tener lugar debe existir una ley que la faculte para el efecto.

Sin embargo, se advierte que en la Resolución CREG 042 de 2010 no aparece decisión alguna sobre extinción, afectación o gravamen o disposición de los derechos de propiedad de que es titular TRANSORIENTE.

La citada resolución es producto del ejercicio por parte de esta empresa de la facultad de pedir que mediante un mecanismo excepcional, se revisen las fórmulas tarifarias ya establecidas. En este caso, la revisión de una tarifa establecida desde el año 2007, también a solicitud de TRANSORIENTE, la cual incluye un valor de la inversión base aproximado al solicitado por la misma empresa y a partir de la cual tomó la decisión libre y espontánea de acometer la respectiva inversión. Durante el término de ejecutoria de la resolución que ahora pide se revise, la empresa no interpuso recurso alguno o manifestó su



Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

inconformidad con los valores reconocidos, o expresó que tal acto tenía la naturaleza de expropiatorio.

Pasados los años ha venido a solicitar, se repite, mediante un mecanismo excepcional, la revisión de la tarifa aceptada por la misma empresa, exigiendo el reconocimiento de los costos reales en que incurrió a lo cual no puede accederse por las razones expuestas en el acto recurrido y en este acto. Sin embargo, la sola circunstancia de que no se acceda a lo pedido no estructura una expropiación.

Es cierto que la ley concede a la CREG la facultad de decretar pruebas, pero esta no es una función que se pueda ejercer de manera indiscriminada, no solo por la observancia de las disposiciones inherentes a la carga de la prueba a las cuales ya se hizo referencia, sino porque estas facultades no pueden utilizarse para sustituir una metodología tarifaria y los criterios de eficiencia en ella establecidos.

Respecto de la aplicación de la Resolución CREG 101 de 1998, se ratifican los argumentos ya expuestos en este acto acerca de su inaplicabilidad a este caso, amén de que está no forma parte de la metodología tarifaria para el reconocimiento de la remuneración de los transportadores de gas natural.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

9. Sobre la “Inobservancia de los parámetros establecidos por la ley 142 de 1994 para el regulador”

En este capítulo del recurso se expresa, en primera instancia, que es necesario aclarar el alcance de los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera, para valorar la viabilidad de la solicitud presentada al regulador. Posteriormente, se transcribe el concepto de eficiencia económica consagrado en la Ley 142 de 1994 y se afirma que de este texto se desprende que se deben reconocer los costos que hubiese tenido el agente si estuviese en condiciones de competencia y que el regulador no tiene una función expropiatoria sino una función de calificación de la eficiencia con criterios técnicos. A continuación se manifiesta que el derecho comparado puede dar algunas luces respecto de la forma de evaluar la inversión y para tal propósito, se hacen algunas citas y transcripciones, para concluir que en el caso de TRANSORIENTE, es “... válido, que el regulador determine si los costos fueron o no aquellos en los que efectivamente incurría en la gente (sic), si fuese a adquirir los mismos activos, de la manera como lo haría un inversionista prudente...” y que tal como se desprende de la resolución CREG 101 de 1998, el regulador no ha sido ajeno a la utilización de los criterios antes mencionados y a través de los diferentes instrumentos probatorios ha evaluado el detalle de los proyectos.

Finalmente, dice que tenemos un marco legal que establece que se deben reconocer aquellos costos reales y eficientes en los que incurra el prestador del servicio y que puedan equipararse a los que se obtendrían si éstos hubiesen sido realizados por un agente en un mercado en competencia; como tenemos un marco regulatorio que materializa la forma de evaluar la eficiencia, utilizando mecanismos de comparación “u otros criterios de evaluación de que disponga la

an

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

CREG". Respecto de los de comparación dice que la CREG posee criterios adicionales que le permiten ampliar la muestra con la cual se compara el gasoducto, al tiempo que tiene evidencia de la tratabilidad del precio del acero, así como tiene a su disposición información asociada a los costos reales y criterios adicionales derivados del derecho comparado.

Como ya se expresó en líneas anteriores, los criterios tarifarios previstos en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, específicamente, los de eficiencia económica y suficiencia financiera, debe desarrollarlos el regulador en las fórmulas o metodologías tarifarias, las cuales, conforme ya se observó, tienen un carácter imperativo.

No quiere decir lo anterior que en la aprobación de las tarifas resultantes de la aplicación de las fórmulas tarifarias no se tengan en cuenta estos criterios. Ellos resultan garantizados de la aplicación de la metodología tarifaria que los desarrolla.

En la metodología para la remuneración de la actividad de transporte de gas natural contenida en la Resolución CREG 001 de 2000, se consagró como medio para establecer la *inversión base* la comparación con otros gasoductos. Es cierto que la norma también prevé la posibilidad de aplicar otros criterios, sin embargo, conforme atrás se vio, el propuesto por TRANSORIENTE no tenía cabida y, de cualquier forma, el utilizado está expresamente contemplado en la metodología y es técnicamente aceptable y, como consecuencia, no puede ser sustituido por la mera circunstancia de que los costos e inversión reales resultaron superiores.

Los costos resultantes de la aplicación de las fórmulas o metodologías tarifarias no tienen por objeto realizar una predicción acerca de lo que serán los costos reales de la inversión, sino aproximarse, como lo establece el numeral 87.1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, a lo que serían los precios de un mercado competitivo.

De acuerdo con lo anterior, la sola circunstancia de que los costos reales de inversión resulten superiores a los estimados eficientes por el regulador, conforme a la respectiva metodología tarifaria, no puede ser la causa de que aquellos sean revisados y reconsiderados. Si así lo fuera, la CREG también debería revisar los costos reconocidos en los respectivos actos de aprobación de tarifas, en los casos en que los costos reales incurridos resulten inferiores.

Pero ese no es el propósito de la Ley ni de la regulación, pues lo que se pretende con la aprobación de fórmulas y tarifas para las empresas que ostenten una posición de dominio o monopólica, entre otros, es prevenir que los costos resultantes de la posición monopólica o de dominio que tienen tales empresas sea trasladado a los usuarios; es decir, se ejerce una función regulatoria más no expropiatoria como la califica la recurrente.

Respecto de las citas agrupadas bajo el concepto de derecho comparado vale observar que no es esta la oportunidad para reconsiderar la forma de evaluar la *inversión base* contenida en la metodología tarifaria y aplicada en el acto cuya revisión se solicita por cuanto que no es esta la instancia para definir la validez de aquella.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Acerca de la aplicación de la Resolución CREG 101 de 1998, no remitimos a los análisis ya hechos sobre el particular.

10. Sobre las “características de la obra”

En este numeral la recurrente expone las características particulares del terreno por donde va el trazado del gasoducto:

- ... - Características geomorfológicas especiales del subsuelo.
- Existencias de zonas geomorfológicamente inestables, el 96.14 % del trazado atraviesa zonas con estabilidad geológica media y baja.
- La mayor parte del trazado se encuentra en zonas montañosas, siendo que el 47% del trazado se desarrolla en alturas por encima de los 2000 m y el 19% por encima de los 3000 m
- ...

Luego la recurrente muestra las normas técnicas a las que se sometieron el gasoducto y la construcción y las normas ambientales que debieron observarse.

Al respecto indicamos lo siguiente: Tal como se señaló en el numeral 5, el gasoducto de Camisea tiene unas particularidades en su trazado, perfil y construcción que lo hacen una referencia a incluir en la muestra de gasoductos que deben considerarse para establecer el valor eficiente de la inversión del gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga. En la segunda parte (B. Análisis de la inversión eficiente a partir de la nueva información que recopiló la CREG) se muestran los correspondientes análisis.

No obstante lo anterior, conviene aclarar que en los métodos de comparación la CREG siempre verifica que los comparadores tengan características similares. En los argumentos de la recurrente no se encuentran fundamentos sólidos que muestren que los gasoductos que se utilizaron como referencia no hayan observado las normas técnicas que en el numeral 10 del recurso se señalan.

La única alusión que se observa en el recurso es relacionada con el Gasoducto del Pacífico. TRANSORIENTE concluye a través de unos mapas satelitales que buena parte del proyecto no enfrenta condiciones de montaña y así deduce que el esfuerzo de la construcción debió ser más favorable. Sobre los gasoductos de Atacama, Norandino y Gas Andes no dice nada.

11. Pruebas

La recurrente solicita el decreto de una serie de pruebas documentales, testimoniales, dictámenes financiero, técnico econométrico y técnico.

De conformidad con el artículo 56 del C.C.A, el recurso de reposición debe resolverse de plano, lo cual significa que no hay lugar para decretar prueba a instancia de parte. Doctrinalmente se ha considerado que no obstante esta inexistencia de pruebas en la vía gubernativa, es posible el decreto oficioso de las mismas.

No obstante, en el presente caso no se considera necesario decretar de oficio las pruebas solicitadas por el recurrente en razón a que ellas dicen relación,

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

principalmente, con los procesos de convocatoria y contratación realizados por TRANSORIENTE para la construcción del gasoducto, el reconocimiento de los costos reales incurridos por esta empresa, los efectos del no reconocimiento de las inversiones reales dentro de la tarifa sobre la viabilidad de la tarifa y la posibilidad de construir el gasoducto; asuntos que conforme a lo expuesto en la parte motiva de este acto, no tienen relevancia en la revisión tarifaria que se pretende.

En cuanto al dictamen técnico cuyo objeto es el determinar materias propias de la metodología de comparación utilizada para la expedición de la Resolución CREG 044 de 2007, y el testimonio del Sr. Jorge Eliecer Durán, cuyo objeto es identificar las fuentes de información y aclarar asuntos relacionados con la metodología aplicada, se consideran también innecesarios en razón a que la CREG cuenta con la experticia técnica para definir las materias del recurso relacionadas con tales aspectos.

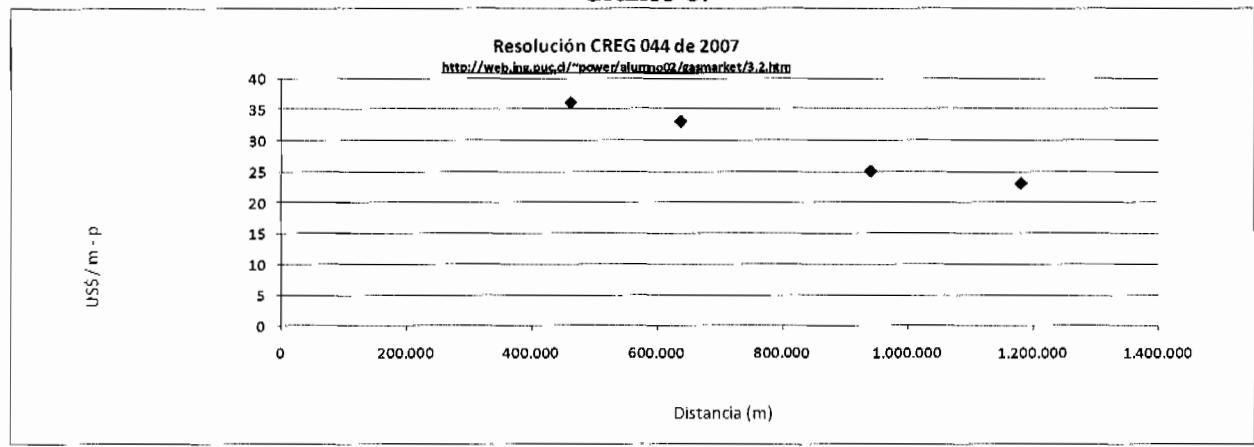
B. Análisis de la inversión eficiente a partir de la nueva información que recopiló la CREG

Ante los siguientes hallazgos: i) que la información en la fuente que utilizó la CREG hoy muestra datos diferentes y ii) que la variación del acero que utilizó la CREG no refleja el verdadero incremento en el momento de la toma de la decisión, resulta necesario establecer si hubo o no un error grave en la estimación del valor eficiente de la inversión en el gasoducto Gibraltar Toledo Bucaramanga.

La CREG revisó las fuentes que se utilizaron para establecer los valores de la inversión de los gasoductos que se tomaron como referencia, en la Resolución CREG 044 de 2007, y encontró que especialmente el dato de inversión en los gasoductos Atacama y Pacífico es diferente.

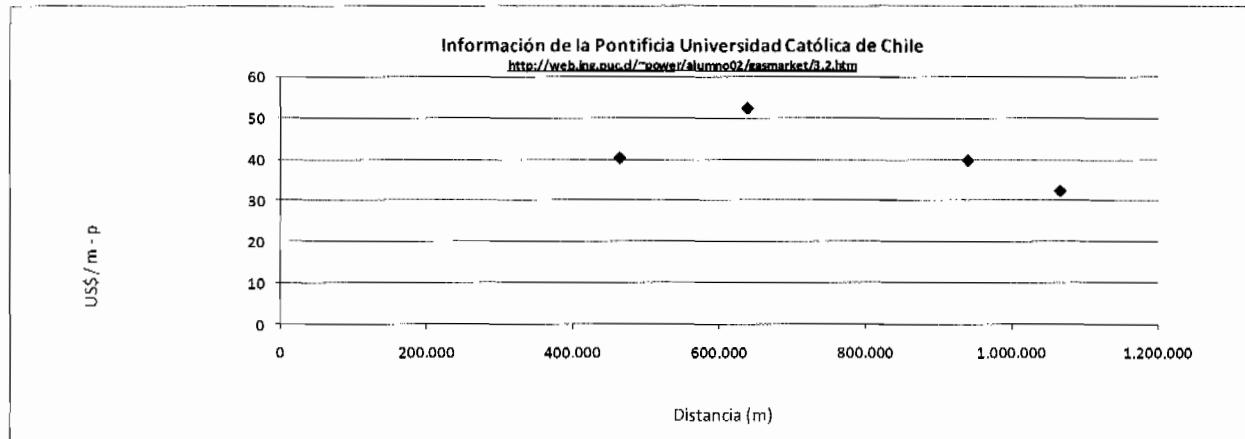
Si se corrigen esos valores, se hace evidente que las economías de escala por longitud que la CREG encontró en los anteriores análisis (para tomar la Decisión CREG 044 de 2007) ya no son contundentes. Esto ocurre porque el costo unitario del gasoducto Gas Andes, que tiene la menor longitud, cuando se ajustan los valores de la inversión de Atacama y Gas Pacífico, muestra comparativamente un menor valor.

Gráfico 5.



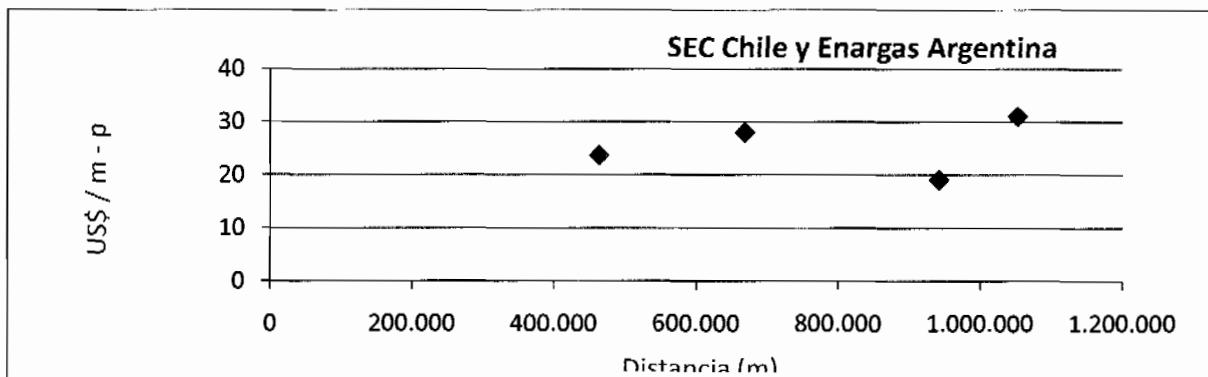
Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Gráfico 6.



Ante la preocupación de continuar utilizando información de una página de internet, que mañana puede ser modificada, se buscó la información confiable en la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) de Chile y en el Ente Nacional Regulador de Gas (Enargas) de Argentina. En cada uno de esos sitios se encuentran los datos de los cuatro gasoductos en el territorio de cada país. Como la CREG, en sus análisis tomó la trayectoria completa de los gasoductos, se hizo necesario agregar la información de las dos fuentes. El Gráfico 7 revela los resultados.

Gráfico 7.



Si se toma la información de SEC y Enargas es todavía más evidente que las economías de escala que la CREG inicialmente observó, ya no existen.

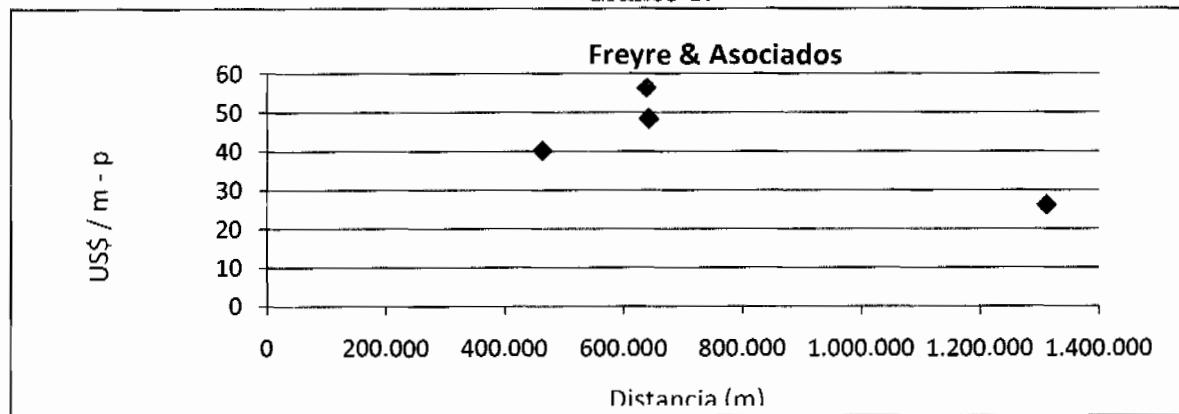
Como se expuso antes, la CREG, a través de la firma de consultorías Freyre & Asociados también encontró información sobre los cuatro gasoductos. Esa información se consignó en el Documento CREG 116 de 2010 y se expone en la Gráfica 8.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Gráfico 8.



Los datos de Freyre & Asociados indican nuevamente que las economías de escala por longitud que observó la CREG no son ciertas.

De acuerdo con los anteriores análisis se hace evidente un grave error en los análisis que llevaron a la CREG a concluir que habían economías de escala por longitud en la muestra de los cuatro gasoductos. Por supuesto, la diversa información recogida (ver Tabla 3) también pone de presente un problema adicional: los datos no son estables y exigen implementar algún tipo de mecanismo para establecer qué información tomar.

Tabla 1.

	Gasoducto	Metros	Diámetro (")	Inversión
Resolución 044/2007	Gas Andes (1997)	463.000	24	325.000.000
	Gas Pacífico (1999)	638.000	24	350.000.000
	GasAtacama (1999)	940.000	20	380.000.000
	Norandino (1999)	1.180.000	20,16,12	400.000.000
Freyre	Gas Andes (1997)	463.000	24	325.000.000
	Gas Pacífico (1999)	638.000	24,20,12 y 10	430.000.000
	GasAtacama (1999)	642.000	20	450.000.000
	Norandino (1999)	1.311.000	20,16,12	400.000.000
SEC Chile	Gas Andes (1997)	150.000	24	111.100.000
	Gas Pacífico (1999)	372.000	24	315.800.000
	GasAtacama (1999)	410.000	20	143.000.000
	Norandino (1999)	672.000	20	437.300.000
Pontificia Universidad de Chile	Gas Andes (1997)	467.000	24 y 12	325.000.000
	Gas Pacífico (1999)	638.000	24,20,12 y 10	400.000.000
	GasAtacama (1999)	940.000	20	650 y 720
	Norandino (1999)	1.180.000	20,16 y 12	400.000.000

CWP

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Si bien, una alternativa es utilizar la información construida a partir de la SEC y el Enargas, que son autoridades en Chile y Argentina, Freyre & Asociados muestra una información que no es posible desechar.

De acuerdo con las evaluaciones indicadas, se concluye entonces que la información utilizada en la expedición de la Resolución CREG 044 de 2007 presenta inconsistencias que deben ser objeto de corrección y que, en los términos del artículo 126 de la Ley 142 de 1994, configuran un error grave de cálculo que debe ser objeto de corrección.

El otro elemento a sopesar es si la metodología que utilizó la CREG para estimar el incremento del acero fue correcta o no. Al respecto, es necesario señalar que resulta más preciso estimar el ajuste entre el momento de la toma de la decisión y la fecha en donde se encuentre la referencia.

En las estimaciones que se hicieron para la Resolución CREG 044 de 2007 se encontró necesario hacer un ajuste de 1.5 veces en el 35% de la inversión. Este porcentaje refleja la porción que se afecta por los movimientos del acero.

El ajuste de 1.5 veces se encontró a partir de un valor promedio de la serie. Ese incremento no refleja el valor del acero en el momento de la toma de la decisión. La CREG nuevamente calculó el incremento y encontró que entre mayo de 2007 y diciembre de 2000 (ver Tabla 4) hay un ajuste de 1.99 veces.

Tabla 2.

Flat Products Index

May-07 163,49

Dic-00 82,06

Incremento 1,99

Fuente: CRU (<http://crugroup.com/Pages/default.asp>)

En la Tabla 4 se muestra, a través de un ejemplo, el efecto o la diferencia entre un ajuste de 1.5 veces y otro de 1.99 veces. Se advierte un efecto significativo: El valor inicial (118) debería ajustarse en 1.15 veces para llegar a 135.

Tabla 3.

	Ajuste 35 x 1.5	Ajuste 35 x
	veces	1.99 veces
65	65	65
35	53	70
100	118	135

De los resultados del anterior ejemplo, se concluye que el ajuste del acero utilizado en la expedición de la Resolución CREG 044 de 2007 debe ser objeto de corrección y que, en los términos del artículo 126 de la Ley 142 de 1994, configuran un error que debe ser objeto de corrección.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

De la muestra aportada por TRANSORIENTE (ver Tabla 2), el gasoducto de Camisea, el cual tiene características de perfil y dificultad de construcción similares al de Gibraltar Toledo Bucaramanga, muestra un costo unitario significativamente superior al observado, en cualquiera de las fuentes de información.

Parte de la explicación está en que los gasoductos Norandino, Atacama, Gas Pacífico y Gas Andes fueron construidos a mediados de los noventas, en donde los requisitos ambientales no eran tan exigentes. Camisea fue construido entre el 2001 y el 2004. A medida que han pasado los años, las exigencias de tipo ambiental han aumentado.

Con el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) de Perú y la Agencia de la Promoción de la Inversión (Proinversión) de Perú se encontró la siguiente información del gasoducto de Camisea:

- Proceso de selección a través de concurso público regulado por las autoridades del Perú.
 - Concesión a 33 años.
 - Todos los participantes debieron cumplir prerrequisitos.
 - Oferta económica en sobre cerrado por el Costo del Servicio. Ganaba quien presentara el menor valor, el cual debía incluir todos los costos asociados: inversión, AOMs y capital de trabajo.
 - Consorcio ganador ofertó US\$ 956 millones. El siguiente cuadro es copia de la oferta económica que aparece en el anexo 12 del contrato de concesión:

- Consorcio ganador integrado por TECGAS NV, Hunt Pipeline, Sonatrach, Pluspetrol, SK Corporation, Suez-Tractebel y Graña y Montero. El consorcio formó la Transportadora de Gas del Perú (TGP).

Resulta pertinente resaltar que el valor mediante el cual resultó ganador el consorcio incluye Inversión y todos los gastos de AOM. Para el análisis materia de este recurso es necesario tomar el valor exclusivamente asociado a la inversión.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

En la página 30 del documento "La Industria del Gas Natural en el Perú" de la Oficina de Estudios Económicos del OSINERG, de agosto de 2004, se muestra que el costo de la inversión del gasoducto fue de US\$ 710 millones⁹. Esto sugiere que la diferencia entre este valor y los US\$ 956 millones (de la oferta ganadora) corresponde al valor presente neto, durante la concesión, de los AOMs y demás costos del proyecto.

Un elemento para valorar es que el consorcio que construyó el gasoducto tuvo a su cargo también la construcción en forma paralela de un tubo para transportar líquidos. Este hecho indica la presencia de algún tipo de economía de escala necesario de sopesar.

Respecto de la información encontrada para el gasoducto de Camisea, destacamos nuevamente los siguientes tres elementos: i) el valor resultó de una convocatoria pública regulada de manera exante por las autoridades del Perú, ii) la información es única, y iii) la construcción del tubo es más reciente que la de los cuatro gasoductos que se analizaron en la Resolución CREG 044 de 2007.

Hechas las anteriores evaluaciones, la CREG encuentra que ante la inestabilidad en la información de los gasoductos Norandino, Atacama, Gas Pacífico y Gas Andes, y ante la presencia de una buena referencia (Camisea) con información confiable y única, resulta adecuado corregir el error utilizando únicamente el gasoducto de Camisea.

Para estos efectos, el siguiente paso consiste en poner el valor de la inversión de Camisea en dólares de diciembre de 2005 (Fecha Base), de acuerdo con las particularidades propias de ese tubo.

Tabla 4.

Inversión (diciembre 2001)	Indexación			Inversión (diciembre 2005)	Inversión Ajuste Diámetro	Inversión Ajuste Escala construcción
	35% Acero	40% SMLV	25% PPI			
710.000.000	495.092.189	369.703.922	184.498.208	1.049.294.318	1.196.195.523	1.390.702.946
US\$ / m - p 40,68				US\$ / m - p 60,12	US\$ / m - p 68,54	US\$ / m - p 79,69

En la Tabla 6 se aprecian los resultados. A continuación se describe el procedimiento:

- Se tomó el valor de la inversión reportado por OSINERGMIN.
- El 35% de la inversión se ajustó con la variación observada en el índice de acero (1.99 veces).

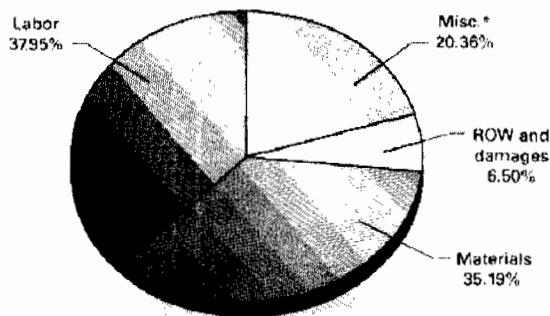
⁹ El citado documento, mediante comunicación S 2010 002931, fue puesto en conocimiento a TRANSORIENTE.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

- c. El 40% de la inversión se ajustó con el movimiento del Salario Mínimo Legal Vigente (SMLV) en Colombia. Lo anterior, en consideración a que en promedio ese porcentaje en la construcción de gasoductos está asociado a la componente de mano de obra y a que la forma como se debe ajustar esa parte de la inversión es más precisa hacerla con la realidad del movimiento de los SMLV en Colombia.

En el volumen 107, número 34, de septiembre de 2009, la revista especializada Oil & Gas Journal presenta los siguientes costos en la construcción de un gasoducto:

Tabla 5.
PIPELINE CONSTRUCTION COSTS-ESTIMATED



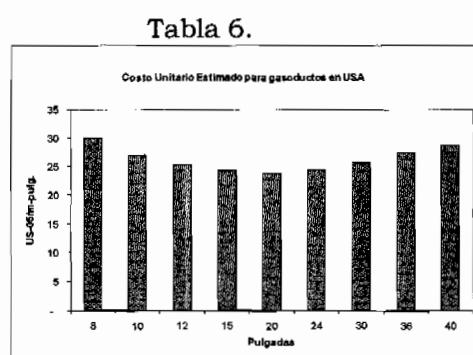
*Generally includes permitting, engineering, supervision, administration and overhead expenses, contingencies and allowances for funds used during construction (WAC), and regulatory filings.

Source: US EIA, construction period May 1, 2008, to June 30, 2009.

- d. El 25% de la inversión se ajustó con IPP¹⁰.

- e. Una vez actualizado el valor de la inversión, es necesario hacer un ajuste por el diámetro. El proyecto Gibraltar Toledo Bucaramanga tiene 10" y el de Camisea, en promedio 24".

En Parker¹¹ hay indicios de economías de escala por el diámetro (Ver Tabla 8). Resulta evidente que para poner el valor de la inversión de Camisea en términos de la de Gibraltar Toledo Bucaramanga es necesario ajustarla por ese concepto (diámetro). El ajuste es de 1.14 veces.



¹⁰ Producer Price Index (PPI): Índice de precios al productor de los Estados Unidos de América, correspondiente a bienes de capital, reportado por la Oficina de Estadísticas Laborales del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos (Serie ID: WPSSOP3200).

¹¹ "Using Natural Gas Transmission Pipeline Costs to Estimate Hydrogen Pipeline Costs". Nathan Parker

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

f. Finalmente, se hace un ajuste por escala en la construcción para recoger las posibles eficiencias o ahorros que el consorcio haya podido obtener durante la construcción del gasoducto, al construir un tubo paralelo aproximadamente durante el 70% del trayecto del gasoducto.

En los análisis que hizo la CREG es estimó: i) que en el caso más extremo las mejoras o los ahorros que se logran durante la construcción de dos tubos paralelos afectan el 25% del costo total de la inversión, y ii) que un factor de 1.5 sobre el porcentaje indicado recoge suficientemente los posibles ahorros que se hayan podido generar.

C. Conclusiones

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario reponer la Resolución CREG 042 de 2010, para en su lugar hacer las siguientes modificaciones a la Resolución CREG 044 de 2007.

Modificar el artículo 4 para incluir el valor de la inversión (US\$ 151.405.890) en las mismas proporciones señaladas: en el primer año 40% y en el segundo, 60%.

Modificar el artículo 7 para modificar, con la nueva inversión, *ceteris paribus*, los cargos regulados.

Modificar el Anexo 1 para modificar el valor de la inversión (US\$ 151.405.890)

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su Sesión 467 llevada a cabo los días 1 y 4 de octubre de 2010, acordó expedir esta resolución.

R E S U E L V E:

Artículo 1. Reponer el artículo 1 de la Resolución CREG – 042 de 2010, para en su lugar adoptar las decisiones que siguen.

Artículo 2. Modificar el artículo 4 de la Resolución CREG 044 de 2007, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 4. INVERSIÓN BASE. La Inversión Base del gasoducto Regional Gibraltar-Toledo-Bucaramanga sólo comprende las nuevas inversiones como se indica a continuación:

4.1 Inversión Existente: No se reconoce inversión existente.

4.2 Nuevas Inversiones: Para las Nuevas Inversiones se reconocen los siguientes valores, con la descripción presentada en el Anexo 1:

Sistema Regional	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Gasoducto Gibraltar-Toledo-Bucaramanga	60.562.356	90.843.534	-	-	-

NOTA: Cifras en dólares del 31 de diciembre de 2005

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución CREG 042 de 2010

Artículo 3. Modificar el artículo 7 de la Resolución CREG 044 de 2007, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 7. CARGOS FIJOS Y VARIABLES REGULADOS DE REFERENCIA PARA LA REMUNERACIÓN DE LOS COSTOS DE INVERSIÓN. A partir de la vigencia de la presente Resolución, se aplicarán las siguientes Parejas de Cargos Regulados que remuneran los costos de inversión para el Gasoducto Regional Gibraltar-Toledo-Bucaramanga definido en el Artículo 3 de la presente Resolución:

Gibraltar Toledo Bucaramanga							
Porcentaje de la Inversión Base Remunerada con cargo fijo:	0	20	40	50	60	80	100
Cargo Fijo (US\$/kpcd-año)	-	148,626	297,252	371,565	445,879	594,505	743,131
Cargo Variable (US\$/kpc)	2,664	2,132	1,598	1,332	1,066	0,533	-

Nota: Estos cargos están expresados en dólares del 31 de diciembre de 2005. Las comas indican decimales.

Parágrafo: Los cargos definidos en este Artículo no incluyen el impuesto de transporte señalado en el Artículo 26 de la Ley 141 de 1994, ni la cuota de fomento establecida en el Artículo 15 de la Ley 401 de 1997."

Artículo 4. Modificar el anexo 1 de la resolución CREG 044 de 2007, el cual quedará así:

**"ANEXO 1
INVERSIÓN BASE
PROGRAMA DE NUEVAS INVERSIONES**

Activo	Longitud (km)	Diámetro (pulg.)	Capacidad Máxima (MPCD)	Valor (dólares de dic. 31 de 2005)				
				Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Gibraltar Toledo Bucaramanga	190	10	41	60.562.356	90.843.534	-	-	-

Artículo 5. No acceder al decreto de las pruebas solicitadas por el recurrente.

Artículo 6. La presente Resolución deberá notificarse a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. y publicarse en el Diario Oficial. Contra las disposiciones contenidas en esta Resolución no procede recurso alguno en la vía gubernativa.

NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

01 OCT. 2010

Dada en Bogotá, D.C. a los

Tomás González Estrada

TOMÁS GONZÁLEZ ESTRADA
Ministro de Minas y Energía
Ministro de Minas y
Energía
Presidente

Javier Augusto Díaz Velasco

JAVIER AUGUSTO DÍAZ VELASCO

Director Ejecutivo