



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 071 DE 2018

(12 JUN. 2018)

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] y [REDACTED] de 2015.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por la Ley 142 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994 y del Decreto 1260 de 2013

CONSIDERANDO QUE:

1. FUNCIÓN DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La Ley 142 de 1994, artículo 73.8, asignó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la función de resolver los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. Mediante Resolución CREG-066 de 1998 la Comisión determinó las reglas aplicables a la resolución de conflictos en virtud de la función mencionada.

2. SOLICITUD DE ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.

Mediante comunicación con radicado E-2017-001218 Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., en adelante Alcanos, solicitó a la Comisión dirimir el conflicto suscitado con la empresa Ecopetrol S.A. *"con ocasión de la fijación y forma de actualización del precio para cada periodo anual comprendido entre el 1 de diciembre de 2016 y el 30 de noviembre de 2020, establecida en el Numeral V. de las Condiciones Particulares de los contratos GAS No. [REDACTED] de 2015 y GAS No. [REDACTED] de 2015, suscritos entre las partes,..."*

El peticionario solicita la solución del conflicto por parte de la Comisión en aplicación de las funciones asignadas a la Comisión de Regulación de Energía y

[Firma manuscrita]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS N° [REDACTED] y [REDACTED] de 2015.

Gas en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, en especial la prevista en el numeral 8.

Antecedentes:

El peticionario fundamenta su solicitud en los antecedentes que se resumen o transcriben a continuación:

- En el mes de octubre de 2015 Ecopetrol informó a Alcanos sobre las condiciones del proceso de comercialización de gas 2015 de los campos Cusiana-Cupiagua.

- Alcanos presentó un derecho de petición a la CREG referente a la "forma de actualización del precio de Gas cuando se realiza negociación en un periodo definido, con base en lo dispuesto en la Resolución CREG 089 de 2013."

- En comunicación del día 9 de octubre de 2015 Alcanos remitió respuesta a la oferta de suministro de gas presentada por Ecopetrol manifestándole entre otros aspectos que:

"...esta propuesta de precios crecientes en cada año de ejecución del contrato, ajustados adicionalmente con el indexador definido por la CREG, contradice abiertamente la regulación. En la práctica, este mecanismo de precio escalonado hace que el mandato regulatorio, consistente en que el precio definido en el momento de la contratación se ajuste cada año únicamente con un indexador regulado, sea ineficaz.

*...
En resumen, consideramos que fijar un precio del gas para cada año del contrato, superior al precio del año inmediatamente anterior, implica en la práctica que ECOPETROL, estaría estableciendo un indexador propio y adicional al previsto por la regulación, para actualizar el precio original de gas.*

De acuerdo con lo anterior solicitamos se fije un único precio del gas natural aplicable para el contrato de suministro de 5 años, al que aplique la indexación a que haya lugar según lo establecido en el artículo 16 de la Resolución CREG 089 de 2013."

- Mediante comunicación de Alcanos, del día 9 de octubre de 2015, dirigida al gerente de gas de Ecopetrol la empresa manifestó:

"1. ALCANOS requiere contratar a 5 años [REDACTED] para la atención de su demanda esencial. Y en este sentido solicitó a ECOPETROL dichas cantidades en el proceso de comercialización que inició el pasado 02 de octubre de 2015.

2. De acuerdo con los contactos realizados por ALCANOS se encuentra que ECOPETROL, es el único Productor-Comercializador que cuenta con las cantidades de gas firme para el periodo de 5 años, disponibles para la venta que requiera ALCANOS.

3. Consideramos que la oferta presentada por ECOPETROL, de la cual no tenemos documento escrito, para el suministro de gas a 5 años con precio escalonado para cada uno de los años de ejecución del contrato, contraviene abiertamente la regulación.

...

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] y [REDACTED] de 2015.

5. Nos genera gran preocupación que ECOPETROL nos informe hoy que ya no cuenta con las cantidades requeridas por ALCANOS y sostenga su posición de exigimos aceptar las condiciones de precio escalonado para acceder a las cantidades remanentes.

7. Dadas las obligaciones impuestas a ALCANOS respecto de la demanda esencial, y la posición de ECOPETROL de imponer un precio escalonado por año (que en la práctica implica la imposición de una actualización adicional al precio) nos veríamos forzados a acceder a las condiciones definidas unilateralmente por ECOPETROL, de esta manera evitar un desabastecimiento de nuestra demanda, dado que es ECOPETROL el único proveedor. Sin perjuicio de lo anterior, adelantaremos las acciones pertinentes, para lograr la normalización de situación."

En comunicación del 13 de octubre de 2015 Ecopetrol responde las comunicaciones de Alcanos indicando que:

"... nuestra interpretación con relación a la Resolución CREG 089 de 2013, en cuanto a la determinación de los precios en los contratos de suministro, difiere de lo expresado por ALCANOS de Colombia S.A. E.S.P....

Consideramos que la metodología de determinación del precio propuesta por ECOPETROL S.A. cumple con la regulación vigente y se diferencia claramente de la indexación que se propone en los contratos de suministro.

ECOPETROL S.A. no acepta la propuesta realizada, y solicitamos confirmar o retirar la solicitud realizada, bajo las condiciones de la política comercial vigente por parte de ECOPETROL S.A. antes de las 4:30 P.M. del día 13 de octubre, utilizando los formatos establecidos para tales efectos."

- En la misma fecha Alcanos acepta la oferta de suministro de gas Cusiana - Cupiagua manifestando:

"Aceptamos de manera expresa su [REDACTED] de venta de gas, para el contrato a cinco años de [REDACTED] de acuerdo con la siguiente tabla de precios...

... respetuosamente me permito dejar constancia de las razones que me llevan a la aceptación, y las consecuencias del mismo, de la siguiente manera:

a. ECOPETROL tiene una posición privilegiada dentro del mercado, a partir de la cual ALCANOS no tiene alternativa distinta de aceptar la oferta en los términos planteados, a pesar de considerar que la misma contradice la regulación.

d. Dada la posición de ECOPETROL de que hay una reducción de las cantidades, y que estas pueden agotarse antes de que le regulador se pronuncie, ALCANOS se ve en la obligación de aceptar la oferta verbal presentada por ECOPETROL."

- En comunicación de octubre 14 de 2015 Ecopetrol responde la comunicación de Alcanos manifestando entre otras cosas:

"... La información entregada verbalmente el 9 de octubre, pretendía advertir de manera amigable a ALCANOS de Colombia S.A. E.S.P. que las cantidades solicitadas pudieran no estar completamente cubiertas, basadas en el balance preliminar realizado.

[Handwritten signatures and initials]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] y [REDACTED] de 2015.

4. ALCANOS de Colombia S.A. E.S.P. tiene la libertad de contratar con otros proveedores de gas natural, o es posible que busque celebrar con ECOPETROL S.A. contratos de suministro de gas natural con vigencia de 1 año, si ALCANOS de Colombia S.A. E.S.P. individualmente considera que las condiciones de mercado de gas natural a largo plazo no satisfacen sus intereses." (sic)

- Alcanos suscribió con Ecopetrol los contratos GAS [REDACTED] de 2015 y GAS [REDACTED] de 2015, para el suministro de gas natural bajo la modalidad en firme, el 16 de octubre de 2015, "... dada la necesidad de suministro".

- "En cada uno de estos contratos se fijó por las mismas cantidades, un precio para cada uno de los cinco años de vigencia del contrato de forma adicional a lo permitido por la regulación, y se incluye la fórmula de actualización como se expresa a continuación:

...
Lo anterior nos muestra que ECOPETROL ofrece para unas mismas cantidades un precio diferente para cada año contractual, sumándole un indexador, contrariando la regulación vigente al momento de la celebración del contrato."

- "Dado que ECOPETROL era el único que ofrecía las cantidades requeridas por ALCANOS, nuestra empresa no pudo pactar unas condiciones diferentes, viéndose forzada a aceptar las propuestas por el Productor-Comercializador."

- EL 24 de noviembre de 2015 Alcanos recibe respuesta al derecho de petición presentado a la CREG, mediante radicado CREG S-2015-005178, el cual fue compartido con Ecopetrol.

- En el concepto CREG S-2016-005322 la Comisión se pronunció sobre los precios de los contratos resultantes de aplicar los mecanismos de comercialización previstos en la regulación.

- En el Documento CREG 045 de 2016, del proyecto de resolución CREG 094 de 2016, la Comisión se pronunció sobre la posibilidad de permitir contratos con precios distintos para cada año.

- El 6 de octubre de 2016 Alcanos requiere a Ecopetrol para que ajuste el precio a lo dispuesto en la regulación.

- En oficio del 11 de noviembre de 2016 Ecopetrol responde que: "Vale la pena señalar que el contrato en cuestión, es decir, el GAS [REDACTED] 2015, está cubierto por el numeral 2 del Artículo 29, es decir, fue suscrito bajo el mecanismo establecido en el artículo 25 -Negociación directa durante el periodo definido-, por lo cual no es posible acordar modificaciones al precio. ..."

- "De manera artificiosa pretende ECOPETROL utilizar a su favor, el hecho de que no se debe modificar la tarifa, desconociendo que lo que en realidad ocurrió fue una violación a la regulación al fijar como valor del contrato, un precio diferente por las mismas cantidades y para cada uno de los cinco años del contrato, ..."

- "Por lo aquí dispuesto solicitamos a la CREG que proceda a definir cuál es la aplicación correcta que se debe dar a la definición del precio de cada MBTUD, en

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] y [REDACTED] de 2015.

el contrato de suministro suscrito con ECOPETROL, dado que bajo lo dispuesto en la regulación en los contratos de largo plazo, como el GAS [REDACTED] de 2015 y el GAS [REDACTED] de 2015, solo se puede fijar un precio inicial vale decir el correspondiente al primer año, el cual varía durante los siguientes periodos anuales de acuerdo a la fórmula de indexación descrita en la Resolución CREG 105 de 2015, y no como equivocadamente se estableció en el citado contrato, en el que para cada periodo anual se fija un precio diferente y este a su vez se retrotrae al año uno y luego se indexa, lo cual ECOPETROL considera ajustado a la regulación."

Fundamentos legales

Alcanos fundamenta su solicitud en los siguientes argumentos legales que se resumen o transcriben a continuación:

"El artículo 29 de la Resolución CREG 089 de 2013, establece la forma de fijar el precio de los contratos de suministro de gas natural negociados en el mercado primario, y lo relativo a su actualización:

Artículo 29: Condición de precio. El precio de los contratos de suministro de gas natural negociados mediante los mecanismos de comercialización de que trata el artículo 21 de esta Resolución estará sujeto a las siguientes condiciones:

2. En el caso de las negociaciones directas a que se hace referencia en el artículo 25 de esta Resolución el precio será el que acuerden las partes.

Parágrafo: Las partes de los contratos que resulten de las negociaciones a las que se hace referencia en los numerales 0 y 0 de este Artículo no podrán acordar modificaciones al precio inicial del contrato ni a las ecuaciones para la actualización de precios señaladas en el Artículo 16 de esta Resolución. Los descuentos se considerarán como una modificación al precio inicial del contrato. (Negrillas y subrayas fuera del texto)" (sic)

En cuanto a la actualización del precio el Art. 16 de la Resolución CREG 089 de 2013, modificado por las Resoluciones CREG 105 de 2015, y CREG 139 de 2015, establece los parámetros que se deberán seguir para la actualización del precio, los cuales son obligatorios:

"Artículo 16. Actualización de precios. Los precios pactados en los contratos de suministro bajo las modalidades firme de firmeza condicional y de opción de compra, sólo se actualizarán anualmente con base en las ecuaciones establecidas en el Anexo 4.

Parágrafo 6. En los contratos de más de un año que se celebren a partir del 21 de julio de 2015, como resultado del mecanismo de negociación directa, las partes aplicarán las ecuaciones de actualización de precios establecidas en el numeral 2 del Anexo 4 de la presente Resolución, según corresponda, con un factor alfa (α) igual a cero (0)." (sic)

Posteriormente el escrito del peticionario cita lo señalado en el Anexo 4 de la Resolución CREG 089 de 2013.

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] y [REDACTED] de 2015.

Hay que tener en cuenta que conforme lo dispone la Resolución CREG 089 de 2013, tanto los vendedores como los compradores deberán seguir para la negociación del gas, los mecanismos y procedimientos descritos en el Capítulo IV del Título III y en el Título V de la citada resolución."

En su escrito el peticionario pasa a citar lo señalado en los artículos 17, 18, 21, 23, 25 y 26 de la Resolución CREG 089 de 2013 y finalmente señala:

"En el presente caso encontramos que en cada contrato existe un precio que se incrementa año a año entre un [REDACTED] y [REDACTED] y adicionalmente el valor fijado para cada año se actualiza nuevamente al precio del año 1 y se reactualiza conforme al mecanismo establecido en el Numeral 2.1 del Anexo 4 de la Resolución CREG 089 de 2013.

Conforme a las normas antes transcritas se puede concluir claramente que la forma descrita en estos contratos para la actualización del precio contraviene lo dispuesto en la Regulación, ya que si bien es cierto las partes tiene libertad para fijar el precio, este debe ser fijo por el primer año de tal suerte que este se indexa para los años siguientes del contrato conforme lo dispone la regulación, a fin de compensar las pérdidas de valor del largo plazo, no obstante en el caso objeto de la presente solicitud, estaríamos hablando de un doble precio al cual a su vez se le suma la indexación.

Por tanto, fijar un precio diferente por las mismas cantidades para cada año y adicionalmente a cada uno de estos valores aplicarle el indexador, constituye una transgresión a la regulación, pues supone la duplicidad del indexador, y un incremento ilegal para los usuarios quienes en últimas son los que asumen el pago del precio."

Petición

"Con base en los fundamentos de hecho y de derecho aquí expuestos y al ser la CREG la entidad competente para definir la aplicación correcta de la regulación, me permito solicitar que dirima el conflicto suscitado entre ALCANOS y ECOPETROL en el sentido de que se defina si (i) la forma en que está plasmada la cláusula de precio de que trata el Numeral V de las Condiciones Particulares de los contratos GAS [REDACTED] y [REDACTED] de 2015, en la que para las mismas cantidades define un valor diferente para cada uno de los periodos anuales comprendidos entre el 1 de diciembre de 2016 al 30 de noviembre de 2020 tal y como se indica en la Tabla C, valores que a su vez se actualizan anualmente conforme al mecanismo de actualización descrito en Numeral V, de las Condiciones Particulares de los citados contratos, o por el contrario (ii) debe ser un único precio con el fijado para el periodo anual del 1 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2020 el cual se debe actualizar conforme lo establece la Resolución CREG 089 de 2013 y la Circular 113 de 2015.

En el evento de que la forma correcta de fijación del precio y su actualización sea la descrita en Literal (ii) antes descrito, se ordene a ECOPETROL a mantener un único precio durante toda la vigencia de los contratos GAS [REDACTED] de 2015 y [REDACTED] de 2015, esto es [REDACTED] y [REDACTED] para demanda Regulada y NO regulada respectivamente establecido en el Numeral V de las condiciones

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] de 2015.

Particulares del Contrato GAS [REDACTED] de 2016, así como los [REDACTED] USD/MBTU descritos en el Numeral V de las condiciones particulares del contrato GAS [REDACTED] de 2015, a los cuales se le aplicará el mecanismo de actualización precio definido en las Condiciones Particulares del contrato que ajuste la fórmula de actualización del precio.

Ordenar refacturar y devolución de los dineros que se hayan pagado en exceso a ECOPETROL durante el tiempo que el proceso actualmente curse u ordenar congelar precios mientras tanto."

3. ACTUACIÓN

Mediante Auto con radicado I-2018-005190, en cumplimiento de lo señalado en la Resolución CREG 066 de 1996, la dirección ejecutiva se pronunció sobre la competencia de la CREG para atender la solicitud de Alcanos determinando:

"Adelantar la actuación administrativa para resolver el conflicto entre Alcanos de Colombia SA ESP y Ecopetrol SA en lo referente a la primera de las peticiones formuladas para pronunciarse sobre la correcta aplicación de la regulación con respecto a la fijación del precio de los contratos de suministro de gas suscritos entre las partes y la forma de actualización del mismo.

Rechazar las demás solicitudes presentadas por la peticionaria con fundamento en las razones antes señaladas.

Conforme a dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 108 Ley 142 de 1994 y la Resolución CREG 66 de 1998 comunicar a Ecopetrol SA de la existencia de la actuación para que pueda constituirse como parte y hacer valer sus derechos. Con el mismo objetivo, se ordena realizar una publicación en la página web de la CREG y en un diario de amplia circulación para informar a los terceros interesados indeterminados sobre la actuación."

Cumpliendo con lo ordenado se comunicó a Ecopetrol sobre la solicitud de Alcanos y su contenido mediante el radicado S-2018-000105.

Así mismo se publicó en el Diario Oficial No. 50.489, de enero 27 de 2018, y en la página web de la Comisión, el Aviso 001, informando a los terceros interesados indeterminados sobre la actuación.

4. RESPUESTA DE ECOPETROL

Mediante comunicación con radicado E-2018-001341 Ecopetrol se pronunció sobre la solicitud para "...expresar las razones por las cuales se debe concluir que los Contratos de Suministro GAS No. [REDACTED] de 2015 y GAS No. [REDACTED] de 2015 son contratos válidamente celebrados, que se ajustan en su integridad a la Ley

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] de 2015.

Colombiana aplicable a esta tipología de contrato y a la regulación expedida por la CREG:...

Argumentos:

Ecopetrol fundamenta su posición en los argumentos que se resumen o transcriben a continuación:

Al analizar el régimen jurídico aplicable a los contratos que celebra Ecopetrol y a los contratos de suministro GAS No. [REDACTED] de 2015 y GAS No. [REDACTED] de 2015 argumenta:

"El artículo 6° de la Ley 1118 de 2006, expresamente dispone que todos los actos jurídicos, contratos y demás actuaciones encaminadas al desarrollo del objeto social de Ecopetrol S.A. les aplica de forma exclusiva las normas de derecho privado. Así las cosas los contratos GAS No. [REDACTED] de 2015 y GAS No. [REDACTED] de 2015, se someten e interpretan a la luz del derecho privado.

Los artículos 968 a 980 del Código de Comercio, se ocupan del contrato de suministro, disponiendo que es el contrato en virtud del cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas.

*En este orden de ideas, de conformidad con nuestra legislación, el suministro es un acuerdo de voluntades que tiene por objeto la prestación periódica de servicios o cosas, **a cambio de una contraprestación que puede consistir en dinero, especies u otros servicios, que las partes intervinientes del contrato, de conformidad con la legislación mercantil aplicable, tienen plena libertad para definir, en ejercicio de la autonomía de su voluntad.***

*"... el artículo 978 del Código de Comercio señala que cuando la prestación de un servicio público está regulada por el Gobierno, las condiciones de los contratos deberán sujetarse a los respectivos reglamentos. Con fundamento en ello y en las disposiciones constitucionales y legales que la habilitan... la CREG expide la Resolución CREG 089 de 2013 mediante la cual regula aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural, como parte del reglamento de operación de gas natural. Esta Resolución expresamente señala que la misma **contiene el conjunto de disposiciones aplicables a las negociaciones del suministro del gas natural combustible que se realicen en el mercado primario y en el mercado secundario.***

*Así las cosas, resulta de la mayor importancia en aras de garantizar el **principio constitucional de seguridad jurídica**, analizar qué aspectos expresamente quedaron definidos en la Resolución CREG 089 de 2013 como de obligatoria inclusión en los contratos de suministro, y cuáles... **quedaron en libertad de ser fijados por las partes en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, amparados por el principio legal contenido en el artículo 1602 del Código Civil,**...*

En relación con los aspectos del contrato de suministro de gas regulado por la Resolución CREG 089 de 2013 Ecopetrol manifiesta:

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] de 2015.

"... que la regulación que expida la CREG debe ser expresa, clara e inequívoca; de manera tal que los agentes que comercializan el gas natural tengan la suficiente claridad respecto de las obligaciones y deberes inequívocamente consagrados en la Regulación (Derecho Público), y lo que escapa a dicha regulación, que son los aspectos que los agentes se encuentran en capacidad de acordar bajo el libre consentimiento de las Partes,..."

"Ahora, en lo que respecta a la Resolución 089 de 2013, que regula comercialización del mercado mayorista del gas natural, ésta expresamente dispuso que en el mercado primario sólo podían pactarse contratos de suministro: (i) escritos; (ii) que adoptaran alguna de las modalidades contractuales establecidas en el artículo 9 de la misma norma, sin contrariar su definición-, y para los contratos firmes, además, (iii) que en su clausulado se incluyan los requisitos mínimos establecidos expresamente en el capítulo II de la Resolución 089 de 2013, correspondientes a: eventos de fuerza mayor (art. 11), eventos eximentes de responsabilidad (art. 12), duración de suspensiones del servicio (art. 13), eventos de incumplimiento (art. 14), compensaciones (art. 15) y **actualización de precios (art. 16)**. Adicionalmente, en lo que atañe al plazo de los contratos objeto de negociación directa, como son los contratos GAS [REDACTED] e 2015 y GAS [REDACTED] de 2015, dispuso el artículo 26 de la mencionada Resolución 089 de 2013: **... Los contratos celebrados sólo podrán tener duración de uno (1), cinco (5) o más de cinco (5) años...**"

Posteriormente Ecopetrol señala que el artículo 29 de la Resolución CREG 089 de 2013 indica:

"2. En el caso de las negociaciones directas a que se hace referencia en el artículo 25 de esta resolución el precio será el que acuerden las partes.

...
PARÁGRAFO. Las partes de los contratos que resulten de las negociaciones a las que se hace referencia en los numerales 2 y 3 de este artículo no podrán acordar modificaciones al precio inicial del contrato ni a las ecuaciones para la actualización de precios señaladas en el artículo 16 de esta resolución. Los descuentos se considerarán como una modificación al precio inicial del contrato",
"(subrayado y negrilla fuera de texto)"

Sobre el tema concluye Ecopetrol:

"De lo expuesto resulta claro para Ecopetrol que, **ni la contraprestación del contrato de suministro (precio), ni la metodología para determinarse, fue objeto de regulación por parte de la CREG en la Resolución 089 de 2013** como lo pretende señalar ALCANOS, pues tal y como se señala en el propio artículo 29 de la norma en comentario el precio de los contratos resultantes de los procesos de comercialización a los que hace referencia el artículo 25 será el que **acuerden las partes.**"

En relación con el precio pactado en los contratos motivo de la solicitud Ecopetrol señala:

"Ahora bien, en consideración a que la voluntad del Regulador fue la de otorgar libertad a las partes para la determinación de la contraprestación del contrato de suministro u/o de su metodología, pues su texto, como quedó demostrado, nada señala al respecto, sin considerar en el cálculo ningún tipo de actualización de precio. **Ese precio fue socializado y aceptado por las partes durante el**

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS N° [REDACTED] de 2015.

período de negociación establecido por la CREG) como contraprestación al contrato de suministro. Este precio se ha mantenido incólume durante toda la ejecución del Contrato, es decir no ha sido modificado por acuerdo posterior de los contratantes y el actual corresponde al que la regulación permite actualizar utilizando la ecuación pactada en el contrato, no otra."

Posteriormente, hace referencia al mandato del artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales y a lo prescrito en el artículo 1603, siguiente, referente a la buena fe en la celebración de los contratos, afirmando que Alcanos se aparta de la buena fe contractual al pretender desconocer la contraprestación pactada en el contrato alegando que se trata de una doble indexación que contraviene la regulación.

Adicionalmente Ecopetrol señala que:

"... la prohibición en la modificación de las condiciones de precio e indexador que trae el parágrafo del artículo 29 de la Resolución 089 de 2013, está diseñada para que después de iniciarse el Contrato, es decir durante su ejecución, las partes no puedan realizar cambios al precio, entendidos como la contraprestación del suministro inicialmente pactado por las partes, en ejercicio de la libertad otorgada por la CREG, ni al método de actualización establecido por la CREG, que para el caso de los Contratos GAS N° [REDACTED] de 2015 y GAS [REDACTED] de 2015 corresponde a las ecuaciones establecidas en el Anexo 4 de la Resolución 089 de 2013."

Para explicar por qué no asiste la razón a Alcanos al afirmar que los contratos contienen una doble indexación señala:

*"El artículo 1849 del Código Civil en la definición de contrato de compraventa establece que: "el dinero que el comprador da por la cosa vendida **se llama precio**".*

La Corte Suprema de Justicia a través de Sentencia de la Sala Civil, 00161 de mayo 13 de 2010, MP Edgardo Villamil Portilla expresó la definición de la indexación o mecanismo de actualización de la siguiente manera:

*"2.2. Mientras tanto, la actualización monetaria, **cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación**, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998." (Subrayado fuera de texto)*

Así las cosas, nuestro contrato establece como contraprestación un precio a cambio de transferir el derecho de dominio sobre el gas natural, para cada año de ejecución del contrato, tal y como versa en la tabla de la Cláusulas de las Condiciones Particulares, precio que se ha mantenido incólume, no fue modificado por las partes. Por otra parte, el indexador, establecido en los términos de la Regulación, simplemente mantiene el valor adquisitivo de cada uno de los precios que las partes libremente acordaron para cada uno de esos años de ejecución del contrato de suministro de gas natural."

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] de 2015.

En cuanto a los pronunciamientos de al CREG citados por Alcanos manifiesta que en ellos no se hacen manifestaciones relacionadas con los argumentos presentados por Alcanos.

Después de presentar sus argumentos Ecopetrol concluye:

"Ecopetrol se permite manifestar que considera que ninguna de las acusaciones realizadas por ALCANOS, a través de todos los documentos enviados a la CREG, son ciertas y que carecen de fundamento jurídico. Lo anterior básicamente porque las partes dispusieron sus derechos y obligaciones contractuales dentro de la libertad otorgada por la Resolución 089 de 2013, y específicamente ECOPETROL S.A. acordó con sus clientes contratos de suministro a largo plazo que buscaban en todo momento comercializar el gas natural atendiendo las necesidades de sus clientes y la rentabilidad racional de mercado que debe buscar la compañía para sus accionistas y sus grupos de interés.

La Resolución, contrario a lo afirmado por ALCANOS, no estableció una metodología o un precio específico, ni unas características específicas de la variable contraprestación o precio dentro de los contratos de suministro. Adicionalmente, debe considerarse que desde el punto de vista jurídico conceptual, como lo ha manifestado la ley colombiana y la jurisprudencia, el precio y el indexador cumplen funciones completamente diferentes, por lo que una senda de precios no es más que la fijación del valor del gas natural y no una indexación o actualización de precios como equivocadamente lo advierte ALCANOS, con el único propósito de desconocer su voluntad contractual, conducta que resulta reproachable e inadmisibles."

Petición

Con fundamento en los argumentos expuestos Ecopetrol solicita a la Comisión:

"Dentro de la actuación administrativa adelantada por la CREG, solicitamos que, en cumplimiento de su facultad para ejercer la función de solución de conflictos del numeral 73.8 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, aclare que: (i) los Contratos GAS [REDACTED] de 2015 y GAS [REDACTED] de 2015, suscritos por ECOPETROL y ALCANOS DE COLOMBIA S.A. se ajustan a la Regulación expedida por la Comisión de Energía y Gas, en especial en lo que se refiere a la Cláusula de Precios contenida en el numeral V de las Condiciones Particulares y que (ii) la prohibición del párrafo del artículo 29 de la Resolución 089 de 2013 se refiere a que ECOPETROL y ALCANOS no podían acordar modificaciones posteriores a la suscripción del contrato, en relación con el precio pactado, ni a las ecuaciones para la actualización de precios, por expresa prohibición consagrada en el artículo 16 de la mencionada Resolución 089. Pero que ello no se extiende a la potestad dispositiva de las Partes en fijar desde el inicio del Contrato contraprestación para los distintos momentos de su ejecución, razón por la cual debe establecerse que tanto Ecopetrol como ALCANOS actuaron de conformidad con lo establecido en la Resolución 089 de 2013 y dentro de las posibilidades establecidas en la dicha norma, para la determinación del precio en los contratos en firme con un término de cinco años."

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No. [REDACTED] de 2015.

5. CONSIDERACIONES DE LA CREG

La función regulatoria de la CREG

La Constitución Política reconoce en el artículo 333 la libertad económica como un principio general. Esta libertad, sin embargo, no es absoluta, ya que está limitada por el bien común. Adicionalmente, la Constitución prevé la intervención del Estado en la economía, por mandato de la ley, con el fin de enderezar los intereses particulares hacia el cumplimiento de los objetivos que atienden al interés general al que deben servir los mercados.

Así mismo el artículo 365 de la Constitución señala que

"Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares."

En este contexto, la ley 142 de 1994 ordenó la intervención del Estado en los servicios públicos, en este caso el de gas, para garantizar su prestación en condiciones de calidad, continuidad, eficiencia, libre competencia y no utilización abusiva de la posición dominante, entre otros. Señala la ley que la regulación es uno de los mecanismos de la intervención estatal y conlleva el sometimiento de *"...la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos."* (artículo 14)

Expresamente el artículo 3 de la mencionada ley señala que:

"Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos..."

Posteriormente la Ley 142 de 1994 señala unas funciones específicas de la Comisión de Regulación de Energía y Gas:

"ARTICULO 74.- Funciones especiales de las comisiones de regulación.
Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1.- De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

a.- Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS [REDACTED] de 2015.

dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

b.- Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;

c.- Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible". (Hemos subrayado).

Sobre el ámbito del ejercicio de la función reguladora dijo la Corte constitucional en la sentencia C-1162 de 2000:

"En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros." (Subrayas fuera del texto)

Conforme a los mandatos constitucionales y legales y a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, el ejercicio de la función reguladora se debe orientar principalmente a la garantía de la prestación del servicio en condiciones de calidad, eficiencia y continuidad, para lo cual debe promover la competencia y prevenir los abusos de posición dominante. Esta actividad es permanente y se debe orientar a la corrección de las fallas de mercado para obtener los fines ya señalados.

[Firma]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS de 2015.

En el mismo sentido el H. Consejo de Estado en su Sección Primera, mediante sentencia de 30 de abril de 2009, al resolver una acción de simple nulidad en contra de un acto administrativo expedido por la Comisión de Regulación de Agua Potable-CRA, manifestó sobre el alcance de la función regulatoria:

"En ese orden de ideas, la actividad sujeta a regulación reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado mismo en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está involucrado el disfrute efectivo de los derechos fundamentales e individuales y donde se impone la adopción de medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. En estas circunstancias, la intervención del Estado se explica entonces por la necesidad de preservar o restablecer el equilibrio que debe existir entre aquellos actores que abrigan intereses legítimos contrapuestos en un ámbito socioeconómico que es de suyo dinámico y competitivo, de tal suerte que el rol a desempeñar por parte del Estado, debe traducirse básicamente en la orientación de tales actividades hacia los fines de interés general que han sido señalados por el constituyente y el legislador..."
(Subrayas fuera del texto)

Se reitera en la jurisprudencia que la función reguladora debe propender por el beneficio del interés general para lo cual se busca la corrección de las fallas del mercado.

Con esta orientación se facultó a la CREG para adoptar el reglamento de operación al cual están sujetos y todos aquellos que participen en el respectivo mercado y por el cual se deben regir las actividades que se desarrollen en él y bajo estos parámetros debe ejercer la Comisión todas sus funciones.

La función de solución de conflictos

Entre las competencias dadas por la Ley 142 de 1994 a la CREG se encuentra la de dirimir conflictos. Al respecto el artículo 73.8 señala:

"ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

(..)

73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad."

Esta atribución fue analizada por parte de la H. Corte Constitucional precisando su alcance en relación con la Constitución, para lo cual en sentencia C-1120 de 2005 hizo las siguientes precisiones:

[Firma manuscrita]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de [REDACTED] de 2015.

"Del examen de las funciones de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de las Comisiones de Regulación, de que tratan las normas demandadas, resulta que:

i) Son funciones de regulación de la prestación de los mencionados servicios, conforme a los criterios expresados en las consideraciones generales de esta sentencia, y, más ampliamente, son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas con fundamento en lo dispuesto en el Art. 334 de la Constitución.

En efecto, las facultades de resolver tanto los conflictos por razón de los contratos o servidumbres (Num. 73,8 del Art. 73) como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios (Num. 73.9 del Art. 73) son desarrollo de la función general prevista en el inciso 1 del mismo artículo, en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusó de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.

Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, (...)." (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, en ejercicio de su facultad de solución de conflictos la CREG debe dar cumplimiento a los mismos principios y objetivos por los que se rige para el ejercicio de las demás competencias que le han sido asignadas. Al resolver una diferencia entre dos agentes debe la Comisión propender por la garantía a la prestación del servicio en condiciones de eficiencia, calidad y continuidad, por promover la competencia y prevenir los abusos de posición dominante, corrigiendo las fallas del mercado y restableciendo el equilibrio que debe existir entre quienes tienen intereses contrapuestos.

Lo pactado en los contratos GAS [REDACTED] y [REDACTED] de 2015.

Alcanos y Ecopetrol suscribieron los contratos GAS [REDACTED] y [REDACTED] de 2015 el día 16 de octubre de 2015 para el suministro de gas natural del campo [REDACTED] bajo la modalidad firme (CF). Los contratos se celebraron por [REDACTED] MBTUD, respectivamente, con fecha de inicio 1 de diciembre de 2015 y de terminación 30 de noviembre de 2020.

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS [REDACTED] de 2015.

El contrato GA [REDACTED] de 2015, cuya copia se allegó al expediente, señala en su cláusula V. PRECIO:

"El precio unitario del Gas se calculará para cada uno de los años del Contrato tomando como base la información de la siguiente tabla:

Tabla de precios C ₁		Periodo de aplicación del precio				
Precio a ₁ (USD/MBTU)	Mercado	Del 1° de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2016	Del 1° de diciembre de 2016 al 30 de noviembre de 2017	Del 1° de diciembre de 2017 al 30 de noviembre de 2018	Del 1° de diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2019	Del 1° de diciembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020
		[REDACTED]				

Mecanismo de actualización de precios: Cada uno de los precios de la tabla C₁ anterior corresponderá al precio a₁ del respectivo periodo de aplicación del precio y se actualizarán cada Año Contractual aplicando la siguiente ecuación, de donde se obtendrá la tabla C_i: ..."

A continuación, la cláusula reproduce la fórmula de actualización contenida en el numeral 2.1 del Anexo 4 de la Resolución CREG 089 de 2013, tal y como fue modificado por la Resolución CREG 105 de 2015. Así mismo, el contrato señala que la primera actualización de precios de la tabla C₁ se deberá realizar el 1 de diciembre de 2016 y en el párrafo primero define la regla de precios que deberá aplicarse cuando el comprador solicite cantidades superiores a las acordadas para cada mercado. La cláusula finaliza con el párrafo segundo en el que señala:

"Párrafo segundo: Para cada uno de los años de vigencia del contrato, se obtendrá una tabla C_i aplicando la ecuación anterior. De la tabla C_i aplicable durante el año a₁ se seleccionarán los precios actualizados del periodo correspondiente. Para el año 2, se obtendrá la tabla C₂ con un grupo de precios a₂ al aplicar la indexación a la tabla C₁ y así en los años subsiguientes."

En el contrato GAS [REDACTED] de 2015, copia del cual obra en el expediente, la cláusula V. PRECIO indica:

1. Para uso [REDACTED] el precio unitario del Gas es [REDACTED]
2. Para cualquier otro uso el precio unitario del Gas se calculará para cada uno de los años del Contrato tomando como base la información de la siguiente tabla:

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS [REDACTED] de 2015.

Precio a ₁ (USD/MBTU)	Tabla de precios C ₁				
	Periodo de aplicación del precio				
	Del 1° de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2016	Del 1° de diciembre de 2016 al 30 de noviembre de 2017	Del 1° de diciembre de 2017 al 30 de noviembre de 2018	Del 1° de diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2019	Del 1° de diciembre de 2019 al 30 de noviembre de 2020
	[REDACTED]				

Mecanismo de actualización de precios: Cada uno de los precios anteriores (numerales 1 y 2- tabla C₁ se actualizarán cada Año Contractual aplicando la siguiente ecuación:

Nota importante: Para el caso de la tabla C₁, cada uno de los precios corresponderá al precio a₁ del respectivo periodo de aplicación del precio y, de donde se obtendrá la tabla C₂."

Al igual que en el contrato GAS [REDACTED] el contrato GAS [REDACTED] reproduce la fórmula de actualización contenida en el numeral 2.1 del Anexo 4 de la Resolución CREG 089 de 2013, tal y como fue modificado por la Resolución CREG 105 de 2015, señala que la primera actualización de precios de la tabla C₁ se deberá realizar el 1 de diciembre de 2016 y en el parágrafo determina:

"Parágrafo: En el caso de la tabla C₁ para cada uno de los años de vigencia del contrato, se obtendrá una tabla C₁ aplicando la ecuación anterior. De la tabla C₁ aplicable durante el año a₁ se seleccionarán los precios actualizados del periodo correspondiente. Para el año 2, se obtendrá la tabla C₂ con un grupo de precios a₂ al aplicar la indexación a la tabla C₁ y así en los años subsiguientes."

Es sobre estos aspectos, precio y actualización, específicamente sobre la correcta interpretación y aplicación de las disposiciones regulatorias pertinentes, que versa el conflicto existente entre Alcanos y Ecopetrol y sobre el que debe pronunciarse la Comisión.

La regulación de la Resolución CREG 089 de 2013

Los contratos GAS [REDACTED] fueron suscritos por Alcanos y Ecopetrol a los 16 días del mes de octubre de 2015. En consecuencia, las reglas sobre comercialización de gas vigentes eran las contenidas en la Resolución CREG 089 de 2013.

Mediante la Resolución CREG 089 de 2013 se reglamentaron los aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural como parte del reglamento de operación de dicho servicio. Esta resolución fue expedida por la Comisión considerando que "... dada la concentración del mercado de gas natural, es necesario promover la competencia entre quienes participan en dicho mercado, diseñando mecanismos que propendan por una mayor transparencia y liquidez del mercado."

Con este fin, al definir su objeto, el artículo 1 de la resolución señala que:

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS [REDACTED] de 2015.

"Esta Resolución contiene el conjunto de disposiciones aplicables a las negociaciones del suministro y del transporte del gas natural utilizado efectivamente como combustible que se realicen en el mercado primario y en el mercado secundario."

El Título I de la resolución contiene las disposiciones generales, en el siguiente título se regularon los principales aspectos del gestor del mercado. En el Título III se definen las reglas que deben cumplir los agentes para negociar el gas en el mercado primario, en tanto que en el Título IV se regulan los aspectos comerciales del mercado secundario y en el Título V se establecen las reglas para la negociación de contratos con interrupciones. Por último, el Título VI se regulan los aspectos operativos.

Es necesario destacar que la Resolución CREG 089 de 2013 hace parte del reglamento de operación, que dicho reglamento contiene el conjunto de disposiciones que rigen el funcionamiento del mercado de gas y que por tanto son de obligatorio cumplimiento para quienes participan en él.

Las normas contenidas en la Resolución CREG 089 de 2013 se expidieron en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales ya referidos, por tanto están orientadas a promover la competencia, prevenir los abusos de posición dominante y corregir las fallas del mercado con el fin de asegurar la prestación eficiente, continua y de calidad del servicio de gas.

Las normas aplicables al caso particular

Tal y como lo manifiestan las partes en sus escritos y como se evidencia de los consignado en el texto de los contratos GAS [REDACTED] de 2015 suscritos entre Alcanos y Ecopetrol, estos corresponden al mercado primario de gas y fueron suscritos en aplicación del mecanismo de negociación directa.

Como ya se vio, la regulación de los aspectos comerciales aplicables al mercado primario fue definida por la Comisión en el Título III la Resolución CREG 089 de 2013. El Capítulo III del título define quienes son los participantes del mercado primario de gas natural. Específicamente señala el artículo 17 que los únicos que pueden vender gas en este mercado son los productores-comercializadores y los comercializadores de gas importado y establece que para la celebración de contratos dichos agentes deben aplicar lo dispuesto en el Capítulo IV del mismo título y en el Título V (contratos con interrupciones) de la resolución.

El Capítulo IV de este título define las reglas para la comercialización del gas natural. Específicamente señala el artículo 21 de dicho capítulo:

"Artículo 21. Mecanismos de comercialización. Con excepción del gas natural que se comercialice mediante la modalidad con interrupciones, en el mercado primario sólo se podrán utilizar los mecanismos de comercialización señalados en los Artículos 22 y 24 de esta Resolución. En el caso del gas natural que se comercialice mediante la modalidad con interrupciones se deberá dar aplicación a lo previsto en el título V de esta Resolución". (Subrayas fuera del texto)

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS [REDACTED] de 2015.

El artículo 22 establece un mecanismo de negociación directa durante todo el año para unos casos especiales. Por su parte, el artículo 24 define el tipo de mecanismo de negociación dependiendo del balance de gas que haga la UPME y señala:

"Cuando el balance realizado por la UPME muestre que la oferta de gas natural es superior a la demanda de gas natural, en al menos tres (3) de los cinco (5) años siguientes al momento del análisis, se deberá dar aplicación al mecanismo de negociación directa establecido en el Artículo 25 de esta Resolución. Cuando el balance muestre lo contrario, se deberá dar aplicación al mecanismo de negociación mediante subasta establecido en el Artículo 27 de esta Resolución."

El artículo 25 define un mecanismo de negociación directa en un periodo definido cuando el balance de gas es positivo:

"Artículo 25. Negociación directa durante un periodo definido. En los casos no previstos en el Artículo 22 de esta Resolución, y si con base en lo dispuesto en el Artículo 24 de esta Resolución se determina que el mecanismo de comercialización a aplicar es el de la negociación directa durante un periodo definido, los vendedores y los compradores a los que se hace referencia en los Artículos 17 y 18 de esta Resolución sólo podrán pactar directamente el suministro de gas natural durante el periodo que establezca la CREG, el cual será de hasta diez (10) días hábiles. Los contratos que resulten de estas negociaciones deberán suscribirse durante el periodo de tiempo definido por la CREG."

El artículo 26 indica el tipo de contratos que se pueden negociar bajo esta modalidad e indica que éstos sólo podrán tener duración de 1, 5 o más de cinco años.

Es en aplicación de esta disposición que Alcanos y Ecopetrol debieron realizar las negociaciones que dieron lugar a la suscripción de los contratos GAS N° [REDACTED] de 2015. En relación con el precio el artículo 29 de la misma resolución establece:

"Artículo 29. Condición de precio. El precio de los contratos de suministro de gas natural negociados mediante los mecanismos de comercialización de que trata el Artículo 21 de esta Resolución estará sujeto a las siguientes condiciones:

2. En el caso de las negociaciones directas a que se hace referencia en el Artículo 25 de esta Resolución el precio será el que acuerden las partes."

Parágrafo. Las partes de los contratos que resulten de las negociaciones a las que se hace referencia en los numerales 2 y 3 de este artículo no podrán acordar modificaciones al precio inicial del contrato ni a las ecuaciones para la actualización de precios señaladas en el Artículo 16 de esta Resolución. Los descuentos se considerarán como una modificación al precio inicial del contrato." (Subrayas fuera del texto)

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS [REDACTED] de 2015.

Se observa que la regulación autoriza a las partes a pactar directamente el precio correspondiente al suministro y prohíbe que hagan modificaciones respecto del precio inicialmente acordado, para el efecto considera que cualquier descuento es una modificación. No está previsto en la norma que cuando se trate de contratos de cinco o más años las partes pacten precios diferentes para cada año y la única referencia que hace a una variación está ligada a la actualización que se debe hacer conforme a lo previsto en el artículo 16, la cual tampoco puede ser objeto de modificaciones.

El artículo 16 señala que los precios pactados en los contratos serán actualizados anualmente conforme a las ecuaciones definidas en el Anexo 4 de la resolución. La Resolución CREG 105 DE 2015 adicionó varios párrafos al artículo 16 y reemplazó el Anexo 4. Dicha resolución entró a regir el día 21 de julio de 2015, por lo que eran estas nuevas disposiciones las aplicables y obligatorias para efectos de la actualización de los precios pactados en los contratos que son origen del conflicto en cuestión.

En este sentido el párrafo 6 adicionado al artículo 16 señala:

"Parágrafo 6. En los contratos de más de un año que se celebren a partir del 21 de julio de 2015, como resultado del mecanismo de negociación directa, las partes aplicarán las ecuaciones de actualización de precios establecidas en el numeral 2 del Anexo 4 de la presente Resolución, según corresponda, con un factor de alfa (α) igual a cero (0).

Las partes podrán acordar libremente un único valor del factor beta (β), el cual deberá corresponder a un valor entre cero (0) y uno (1), que aplicará desde la primera y hasta la última actualización de la vigencia del contrato.

De no lograr un acuerdo entre las partes, estas deberán aplicar el factor beta (β) que publicará la CREG mediante circular de la Dirección Ejecutiva a más tardar el 11 de septiembre de 2015." (subrayas fuera del texto)

El Anexo 4, tal y como fue modificado por la Resolución CREG 105 de 2015 señala: "Los precios pactados en los contratos de suministro bajo las modalidades firme, de firmeza condicionada y de opción de compra, se deberán actualizar al inicio de cada año a_i con base en las siguientes ecuaciones, según corresponda: ..."

A continuación, el Anexo define dos grupos de ecuaciones. Conforme a lo indicado en el Parágrafo 6 para los contratos celebrados con posterioridad al 21 de julio de 2015, las ecuaciones aplicables a contratos de más de un año son las del numeral 2.

En el numeral 2.1 se define la ecuación que será aplicable cuando "...se hayan negociado contratos firmes de la fuente f con duración de un (1) año tanto para el año a_{i-1} como para el año a_i ...". En tal caso la actualización se debe realizar conforme a la siguiente ecuación:

$$P_{Tf,a,i} = P_{Tf,a,i-1} \times \left[\alpha \cdot \left(\frac{\bar{P}_{CFf,1,a,i}}{\bar{P}_{CFf,1,a,i-1}} \right) + (1 - \alpha) \cdot \left(\beta \cdot \frac{P_{ai-1}^W}{P_{ai-2}^W} + (1 - \beta) \cdot \frac{I_{ai-1}^S}{I_{ai-2}^S} \right) \right]$$

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS [REDACTED] de 2015.

Donde:

$P_{Tf, a, d}$: Precio del gas natural contratado bajo la modalidad T, de la fuente f, con duración d, aplicable durante el año a. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.

$P_{Tf, a, d-1}$: Precio del gas natural contratado bajo la modalidad T, de la fuente f, con duración d, aplicable durante el año a_{i-1} . Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.

$\bar{P}_{CF, 1, a}$: Promedio ponderado por cantidades de los precios de los contratos firmes, de la fuente f, con duración de un (1) año, negociados para el año a. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.

$\bar{P}_{CF, 1, a-1}$: Promedio ponderado por cantidades de los precios de los contratos firmes, de la fuente f, con duración de un (1) año, negociados para el año a_{i-1} . Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.

α : Valor entre 0 y 1 que pondera el factor de actualización de precios del mercado interno.

P_{a-1}^W : Promedio aritmético de precios diarios de cierre del marcador West Texas Intermediate (WTI), spot prices, según la serie publicada por el Departamento de Energía de Estados Unidos (Energy Information Administration), para el año a_{i-1} . Los días a considerarse serán aquellos en los que haya negociación de WTI y la correspondiente publicación. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por barril.

P_{a-2}^W : Promedio aritmético de precios diarios de cierre del marcador West Texas Intermediate (WTI), spot prices, según la serie publicada por el Departamento de Energía de Estados Unidos (Energy Information Administration), para el año a_{i-2} . Los días a considerarse serán aquellos en los que haya negociación de WTI y la correspondiente publicación. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por barril.

I_{a-1}^S : Corresponde al índice de precios al productor de los Estados Unidos de América, serie WPSFD4 publicada por el Bureau of Labor Statistics, para el mes de noviembre del año a_{i-1} . El vínculo permanente es:

<https://www.quandl.com/data/BLS/WPSFD4>

I_{a-2}^S : Corresponde al índice de precios al productor de los Estados Unidos de América, serie WPSFD4 publicada por el Bureau of Labor Statistics, para el mes de noviembre del año a_{i-2} . El vínculo permanente es:

<https://www.quandl.com/data/BLS/WPSFD4>

β : Valor que pondera el factor de actualización de precios exógenos al mercado de gas natural.

T: Modalidad bajo la cual se contrató el gas natural. Podrá ser un contrato firme, CF, un contrato de suministro con firmeza condicionada, CFC, o un contrato de opción de compra de gas, OCG.

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GA [REDACTED] de 2015.

- f*: Punto de entrega del gas natural contratado. Se entenderá por punto de entrega el campo, punto de entrada al SNT o punto del SNT que corresponda al sitio de inicio o terminación de alguno de los tramos de gasoductos definidos para efectos tarifarios.
- d*: Duración del contrato de suministro.
- a_i*: Año durante el cual se aplicará el precio del gas natural. El año se iniciará un 1 de diciembre y terminará el 30 de noviembre siguiente. La variable *i* tomará los valores de uno (1) a *d*, siendo *a₁* el primer año de vigencia del contrato objeto de actualización de precios." (subrayas fuera del texto)

Cuando no se hayan negociado contratos firmes de la fuente *f* con duración de un (1) año, para el año *a_i* o para el año *a_{i-1}* la ecuación que se debe aplicar para la actualización es la prevista en el numeral 2.2:

$$P_{T,f,d,a_i} = P_{T,f,d,a_{i-1}} \times \left[\alpha \cdot \frac{\bar{P}_{CFN,1,a_i}}{\bar{P}_{CFN,1,a_{i-1}}} + (1 - \alpha) \cdot \left(\beta \cdot \frac{P_{a_{i-1}}^W}{P_{a_{i-2}}^W} + (1 - \beta) \cdot \frac{I_{a_{i-1}}^S}{I_{a_{i-2}}^S} \right) \right]$$

Donde:

- P_{T,f,d,a_i}*: Precio del gas natural contratado bajo la modalidad T, de la fuente *f*, con duración *d*, aplicable durante el año *a_i*. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.
- P_{T,f,d,a_{i-1}}*: Precio del gas natural contratado bajo la modalidad T, de la fuente *f*, con duración *d*, aplicable durante el año *a_{i-1}*. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.
- $\bar{P}_{CFN,1,a_i}$* : Promedio nacional, ponderado por cantidades, de los precios de los contratos firmes de todas las fuentes de suministro, con duración de un (1) año, negociados para el año *a_i* en aplicación de los mecanismos de comercialización establecidos en el Artículo 24 de esta Resolución. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.
- $\bar{P}_{CFN,1,a_{i-1}}$* : Promedio nacional, ponderado por cantidades, de los precios de los contratos firmes de todas las fuentes de suministro, con duración de un (1) año, negociados para el año *a_{i-1}* en aplicación de los mecanismos de comercialización establecidos en el Artículo 24 de esta Resolución. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.
- α*: Valor entre 0 y 1 que pondera el factor de actualización de precios del mercado interno.
- P_{a_{i-1}}^W*: Promedio aritmético de precios diarios de cierre del marcador West Texas Intermediate (WTI), spot prices, según la serie publicada por el Departamento de Energía de Estados Unidos (Energy Information Administration), para el año *a_{i-1}*. Los días a considerarse serán aquellos en los que haya negociación de WTI y la correspondiente publicación. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por barril.

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No 078 y 087 de 2015.

- P_{ai-2}^W : Promedio aritmético de precios diarios de cierre del marcador West Texas Intermediate (WTI), spot prices, según la serie publicada por el Departamento de Energía de Estados Unidos (Energy Information Administration), para el año a_{i-2} . Los días a considerarse serán aquellos en los que haya negociación de WTI y la correspondiente publicación. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por barril.
- I_{ai-1}^S : Corresponde al índice de precios al productor de los Estados Unidos de América, serie WPSFD4 publicada por el Bureau of Labor Statistics, para el mes de noviembre del año a_{i-1} . El vínculo permanente es:
<https://www.quandl.com/data/BLS/WPSFD4>
- I_{ai-2}^S : Corresponde al índice de precios al productor de los Estados Unidos de América, serie WPSFD4 publicada por el Bureau of Labor Statistics, para el mes de noviembre del año a_{i-2} . El vínculo permanente es:
<https://www.quandl.com/data/BLS/WPSFD4>
- β : Valor que pondera el factor de actualización de precios exógenos al mercado de gas natural.
- T : Modalidad bajo la cual se contrató el gas natural. Podrá ser un contrato firme, CF, un contrato de suministro con firmeza condicionada, CFC, o un contrato de opción de compra de gas, OCG.
- f : Punto de entrega del gas natural contratado. Se entenderá por punto de entrega el campo, punto de entrada al SNT o punto del SNT que corresponda al sitio de inicio o terminación de alguno de los tramos de gasoductos definidos para efectos tarifarios.
- d : Duración del contrato de suministro.
- a_i : Año durante el cual se aplicará el precio del gas natural. El año se iniciará un 1 de diciembre y terminará el 30 de noviembre siguiente. La variable i tomará los valores de uno (1) a d , siendo a_1 el primer año de vigencia del contrato objeto de actualización de precios. (subrayas fuera del texto)

Como se vio la resolución prevé que cuando aplique el mecanismo de negociación directa las partes pueden acordar el precio. La regla es expresa al señalar que cuando los contratos tengan duración superior a 1 año se aplica la actualización indicada en el Anexo 4 numeral 2. La simple revisión de las dos ecuaciones allí previstas, permiten evidenciar que para determinar el precio del contrato de un año, se debe tomar como base **el precio del año inmediatamente anterior**. En los apartes pertinentes de la ecuación se expresa:

$$P_{Tf,d,ai} = P_{Tf,d,ai-1}$$

A título de ejemplo, según esta expresión, si se quisiera calcular el precio del año 3, a_i , del contrato se debe tomar el precio del año 2, $ai-1$ (3-1).

Adicionalmente, en ambos numerales al definir la variable a_i , es decir el año para el cual se aplicará el precio que se está calculando, la norma indica expresamente que la variable toma los valores desde 1 hasta la duración del

Handwritten signature and initials

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS No 078 y 087 de 2015.

contrato y que el primer valor a_1 corresponde al primer año de vigencia del contrato.

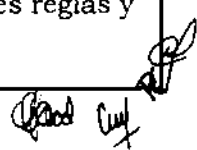
Necesariamente se concluye que conforme a las disposiciones de la Resolución CREG 089 de 2013, y a sus modificaciones contenidas en la Resolución CREG 105 de 2015, en el caso de los contratos de suministro con duración superior a un año, las partes deben pactar un precio aplicable para el primer año con base en el cual se determina el precio de los años siguientes mediante la aplicación de la fórmula de actualización definida en la misma resolución. No solo la regulación no prevé la posibilidad de que en un contrato, con duración superior a un año, se pacten precios diferentes para cada año, sino que al definir las regla de actualización se evidencia con total claridad que ello no sería posible en tanto que el precio que se autoriza a aplicar en cada año se calcula únicamente con base en el del año anterior y se basa en el precio del primer año de vigencia del contrato.

Sobre los argumentos planteados por las partes

En relación con los documentos y argumentos presentados por Alcanos referentes a las condiciones en las cuales se llevó a cabo la negociación directa entre Alcanos y Ecopetrol, que dio lugar a la celebración de los contratos GAS [REDACTED] de 2015, se considera que no son relevantes para efectos de lo que corresponde definir a la Comisión en esta actuación y no le corresponde a esta entidad pronunciarse sobre ellos. Sin perjuicio de lo anterior, se destaca que la empresa Alcanos en el pasado había ya comunicado a la CREG su inconformidad sobre dichas condiciones de negociación, ante lo cual la Comisión dio traslado de las denuncias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Superintendencia de Industria y Comercio, para lo de sus competencias respectivas.

Por su parte Ecopetrol plantea, en resumen, que el régimen de contratación de la Empresa es el del derecho privado y que por tanto en aquellos aspectos que no se encontraran regulados por la Comisión en la Resolución CREG 089 de 2013 quedaban en libertad de ser definidos por las partes. Al respecto concluye que la regulación no definió la contraprestación del contrato de suministro ni la metodología para determinarlo.

Sobre el particular se reitera que las reglas para la negociación gas del mercado primario de gas son las definidas en la regulación. Esta regulación se expidió en ejercicio de las funciones legales que tienen como objeto la corrección de las fallas del mercado para promover la competencia y prevenir los abusos de posición dominante. Son dichas reglas las que establecen los mecanismos de negociación y las características y elementos de los contratos que resultan de ellos. En este caso particular la regulación determinó que la metodología para definir el precio era la negociación directa entre las partes, pero no previó, como lo entiende Ecopetrol, una libertad absoluta en dicha negociación. Como ya se vio, dicha libertad aplica, en contratos de más de un año, para efectos de la definición del precio del primer año, pero la determinación de valores a cobrar en los años siguientes se debe hacer con la regla de actualización definida en la misma regulación. No le es dable a quienes negocian apartarse de tales reglas y condiciones.



Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de [REDACTED] de 2015.

Adicionalmente, Ecopetrol plantea la diferencia entre los conceptos de precio y actualización y manifiesta que los diferentes valores pactados en los contratos para cada año pretenden reflejar las variaciones en el mercado de gas con lo cual las variaciones no corresponden a una actualización como señala Alcanos.

Al respecto debe tenerse en cuenta desde la Resolución CREG 089 de 2013, al definir la regla de actualización la Comisión consideró no solo la pérdida del valor adquisitivo del dinero sino otros elementos tales como las variaciones del mercado. Así las cosas, no era pertinente definir diferentes precios para cada año del contrato. Sobre el alcance y propósito del indicador en el Documento CREG 063 de 2013 en la respuesta 2,5,4 la Comisión señaló:

"Después de analizar los comentarios recibidos sobre esta materia se ha encontrado la necesidad de modificar el índice que se considerará para ajustar periódicamente el precio del gas natural de tal manera que i) sirva para actualizar el precio de los contratos con las condiciones económicas vigentes ii) minimice la incertidumbre alrededor el precio y de los futuros flujos de caja tanto para compradores como para vendedores; y iii) refleje la situación del mercado de gas.

En este sentido, para mitigar este tipo de situaciones en que la incertidumbre propicie flujos de caja inestables que limiten el desarrollo de proyectos de nuevas industrias y nuevas fuentes de producción de gas se propone que los contratos del mercado mayorista con vigencia igual o superior a un año deberán actualizarse cada primero de diciembre utilizando como índice la variación del precio promedio ponderado de los contratos firmes a un año del mismo producto o, en su defecto, la variación del precio promedio ponderado nacional de contratos firmes, cuando no se realicen negociaciones de contratos a un año del producto que debe actualizarse. Estos índices son un referente de la situación real del sector para el precio del gas natural o para sus sustitutos."

Tal consideración se ve reflejada explícitamente en las fórmulas de actualización definidas por la CREG, las cuales incorporan un índice atado a los contratos negociados para gas que tenga como origen el mismo campo o al mercado nacional, cuando no se hayan negociado contratos para dicho campo.

Ecopetrol solicita que la Comisión aclare que los contratos GAS [REDACTED] 2015 y GAS [REDACTED] 2015 se ajustan a la regulación de la Comisión. Al respecto se observa que no corresponde a la CREG en ejercicio de esta función pronunciarse sobre la legalidad de los contratos que suscribieron las partes.

Por las razones expuestas la Comisión de Regulación de Energía y Gas en su Sesión 857 de junio 12 de 2018.

RESUELVE:

Artículo 1. En ejercicio de la facultad establecida en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 procede la Comisión de Regulación de Energía y Gas a resolver el conflicto suscitado entre Alcanos y Ecopetrol con ocasión de la suscripción de los contratos GAS N° [REDACTED] de 2015 y GAS N° [REDACTED] de 2015 en el sentido de indicar

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos de Colombia S.A. E.S.P. y Ecopetrol S.A. por los contratos de GAS N° [REDACTED] de 2015.

que conforme a lo dispuesto en la regulación vigente al momento de su celebración, se debía pactar un único precio para el primer año de suministro, con base en el cual se definirían los precios de los siguientes años, mediante la aplicación de la regla de actualización prevista en el numeral 2 del Anexo 4 de la Resolución CREG 089 de 2013, tal y como fue modificado por la Resolución CREG 105 de 2015.

Artículo 2. La presente Resolución deberá notificarse a Alcanos de Colombia S.A. E.S.P y a Ecopetrol S.A. y publicarse en el *Diario Oficial*. Contra las disposiciones contenidas en esta Resolución procede el Recurso de Reposición, el cual podrá interponerse ante la Dirección Ejecutiva de la CREG dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá DC, a 12 Jun. 2018

Alonso M. Cardona Delgado
ALONSO MAYELO CARDONA DELGADO
Viceministro de Energía
Delegado del Ministro de Minas y Energía
Presidente

GERMÁN CASTRO FERREIRA
GERMÁN CASTRO FERREIRA
Director Ejecutivo