



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN N°. 211 DE 2020

(10 NOV. 2020)

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por ECOPETROL y PAREX RESOURCES contra la Resolución CREG 159 de 2020
“Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos”

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por las leyes 142 de 1994, 1437 de 2011 y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994 y 1260 de 2013 y,

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

I. ANTECEDENTES

Según lo previsto en los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 142 de 1994, la distribución de gas combustible y sus actividades complementarias constituyen servicios públicos domiciliarios esenciales, y el Estado intervendrá en los mismos a fin de, entre otros, garantizar la calidad del bien y su disposición final, para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, así como su prestación continua, ininterrumpida y eficiente.

El artículo 14.28 de la Ley 142 de 1994 definió el servicio público domiciliario de gas combustible como el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, y estableció la actividad de comercialización como actividad complementaria del servicio público domiciliario de gas combustible.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas tiene la función de regular los monopolios en la prestación del servicio público domiciliario de gas, 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, tal como lo prevé el artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

El artículo 73.11 de la Ley 142 de 1994 faculta a la CREG para establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos; y para señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994, es función de la CREG "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 dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia".

En virtud de lo previsto en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, "las empresas deberán ceñirse a las fórmulas tarifarias que defina la Comisión para fijar las tarifas, salvo en casos excepcionales. 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".

Mediante la Resolución CREG 066 de 2007¹ esta Comisión expidió la regulación de precios de suministro de GLP de Comercializadores Mayoristas a Distribuidores. Dicha norma fue publicada en la página web de esta entidad el 22 de agosto de 2007, y entró en vigencia el 24 de agosto de 2007.

En el marco de esta disposición, se definió un régimen de libertad regulada para la determinación del precio del GLP proveniente de las fuentes de Barrancabermeja, Apiay y Cartagena.

Posteriormente, mediante la Resolución CREG 123 de 2010, esta Comisión modificó el régimen de libertad vigilada para las nuevas fuentes de suministro del GLP comercializadas por ECOPETROL S.A. señalado en la Resolución CREG 066 de 2007 y se dictaron otras disposiciones. La resolución fue publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2010.

Para el caso del producto proveniente de Cusiana, mediante Resolución CREG 123 de 2010², la CREG amplió el régimen de libertad regulada para todas las fuentes comercializadas por ECOPETROL S.A., incluidas las nuevas fuentes. A partir de dicha decisión, se estableció que el precio máximo regulado de suministro del GLP producido en el campo de Cusiana sería determinado aplicando lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución CREG 066 de 2007, el cual corresponde al precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la refinería de Barrancabermeja y en el campo de Apiay.

¹ Modificada por las Resoluciones CREG 059 de 2008, 002 de 2009, 123 de 2010, 095 de 2011. En la Resolución CREG 066 de 2007 y el documento soporte CREG 034-2007, se estableció por parte de la CREG la necesidad de adoptar una metodología en la cual se habría de remunerar al productor con base en el costo de oportunidad, en este caso, de acceder al mercado externo.

² El Documento CREG-095-2010, soporte de la precitada resolución, señala que "para el GLP procedente del campo Cusiana, se ha considerado que dada su situación geográfica y por lo tanto su dificultad de exportarlo, su oportunidad es colocarlo en el mercado doméstico del centro del país. Por consiguiente, se propone establecer para este producto, mientras sea comercializado por Ecopetrol, el precio que se forma en el mercado del interior, es decir el precio aplicable al GLP procedente de la Refinería de Barrancabermeja y establecido en el artículo 3 de la Resolución CREG 066 de 2007".



Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 “Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos”

Así mismo, mediante Resolución CREG 095 de 2011³, la Comisión determinó el precio del GLP proveniente de las plantas de gas de Dina y Gigante comercializadas por ECOPETROL S.A. Dicha resolución establece que “el precio máximo regulado de suministro del GLP proveniente de las plantas de gas de Dina y Gigante para el suministro de Comercializadores Mayoristas a Distribuidores será determinado aplicando lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución CREG 066 de 2007, siempre que se cumplan los supuestos señalados en el artículo 1 de la Resolución 123 de 2010”.

Adicionalmente, mediante Resolución CREG 053 de 2011⁴ se estableció el reglamento de comercialización mayorista de GLP, en donde se establece quienes son comercializadores mayoristas, las obligaciones que tienen a su cargo, se define el punto de entrega y punto de producción del producto, la oferta pública de cantidades que debe llevarse a cabo cuando el producto sea de precio regulado, los requisitos y obligaciones de usuarios no regulados, entre otros. Este reglamento entró en vigencia el 2 de junio de 2011.

La actividad de comercialización mayorista es realizada por los agentes que venden GLP en el mercado mayorista, denominados comercializadores mayoristas, los cuales se encuentran sujetos a las disposiciones del reglamento establecido mediante Resolución CREG 053 de 2011.

De otro lado, mediante Resolución CREG 110 de 2019, confirmada en su integridad por la Resolución CREG 005 de 2020, la Comisión determinó el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en el CPF Cupiagua. La resolución en mención señala en su parte considerativa que *“la condición relativa a la situación geográfica del CPF de Cupiagua y por lo tanto su dificultad de exportarlo, permite concluir que su oportunidad es colocarlo en el mercado doméstico y en consecuencia, el precio aplicable corresponde al precio interno definido actualmente para el GLP de producción nacional de precio regulado”*.

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010, previo a la comercialización, ECOPETROL S.A. debe solicitar a la CREG, mediante comunicación escrita, el precio regulado aplicable a la fuente de producción nacional que pretende comercializar.

Mediante comunicación 2-2020-093-21573, con radicado CREG E-2020-000729, el Representante Legal de ECOPETROL S.A., con fundamento en el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010, hizo las siguientes solicitudes:

“1. Establezca el precio máximo regulado para el GLP de Capachos, nueva fuente de producción nacional a ser comercializada por Ecopetrol.

³ El documento CREG-077-2011, soporte de la Resolución CREG 095 de 2011, señala, dentro de las consideraciones tenidas en cuenta por la Comisión para la definición del precio de Dina y Gigante que “el potencial de GLP de las plantas de Dina y Gigante es relativamente pequeño (Apróx. 1,6%, 260BFP). Por lo tanto, no tendría una influencia significativa sobre los precios del mercado y la solicitud de la empresa, podría afectar negativamente el bienestar social y las señales económicas de promoción de la competencia que sea dado para esta actividad en la regulación establecida por la CREG. (...) Es importante conservar una misma señal de precios en mercados atendidos por el mismo comercializador, que en este caso, es el costo de oportunidad del GLP en el mercado del interior, es decir, el de paridad de Exportación del GLP de Barrancabermeja”.

⁴ Modificada por la Resolución CREG 154 de 2014.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

2. Establezca que Ecopetrol podrá comercializar este producto a un precio máximo regulado igual al precio de paridad de importación del GLP, referenciado al mercado de Mont Belvieu, Estados Unidos."

Mediante Auto radicado CREG I-2020-002129, la Comisión procedió a ordenar la creación de un expediente administrativo, y a adelantar una actuación administrativa particular con el objeto de resolver las solicitudes de precio aplicable a la fuente de la PTF Capachos formuladas por ECOPETROL S.A. El precitado auto fue publicado mediante Aviso 036 de 2020 en el Diario Oficial No. 51.299 del 28 de abril de 2020.

Mediante Auto del 23 de julio de 2020, radicado CREG I-2020-002985, la Comisión resolvió vincular, dentro del trámite de la actuación administrativa, a la empresa PAREX RESOURCES.

Mediante la Resolución CREG 159 de 2020 se resolvió la actuación administrativa, determinándose el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1. PRECIO MÁXIMO REGULADO DE SUMINISTRO DE GLP PRODUCIDO EN LA PTF CAPACHOS. *El precio máximo regulado de suministro del GLP producido en la PTF Capachos para el suministro de Comercializadores Mayoristas a Distribuidores, será determinado aplicando lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución CREG 066 de 2007, mientras a la comercialización del mismo le aplique lo dispuesto en el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010.*

Parágrafo 1. *Las disposiciones de la Resolución CREG 066 de 2007 aplicables a precios máximos regulados le son también aplicables al precio máximo regulado del GLP producido en la PTF Capachos.*

Parágrafo 2. *En caso de que, a la fecha de ejecutoria de la presente resolución, haya cantidades contratadas asociadas a la fuente de producción PTF Capachos, las mismas se podrán comercializar en las condiciones pactadas inicialmente.*

ARTÍCULO 2. VIGENCIA. *La presente resolución rige mientras se encuentre vigente la Resolución CREG 066 de 2007."*

El análisis completo de la actuación administrativa se encuentra desarrollado en el Documento CREG 125 de 2020.

II. RECURSO DE REPOSICIÓN

1. La admisibilidad del recurso

1.1 ECOPETROL

Mediante escrito radicado en esta Comisión con el No. E-2020-010753 de 04 de septiembre de 2020, el apoderado de la empresa ECOPETROL S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución CREG 159 de 2020, con las siguientes solicitudes:

“1. Solicitudes Principales:

- a) Revocar la Resolución CREG 159 de 2020.
- b) Establecer que Ecopetrol podrá comercializar el GLP producido en la PTF

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 “Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos”

Capachos a un precio máximo regulado igual al precio de paridad de importación del GLP, referenciado al mercado de Mont Belvieu, Estados Unidos”.

2. Solicitud subsidiaria:

a) Declarar que la comercialización del GLP producido en la PTF Capachos se encuentra bajo el régimen de libertad vigilada.”

1.2 PAREX RESOURCES

Mediante comunicación con radicado CREG No. E-2020-010723 del 4 de septiembre de 2020, el apoderado de la empresa PAREX RESOURCES interpuso recurso de reposición contra la Resolución CREG 159 de 2020, con las siguientes solicitudes:

“1. Reponer la decisión contenida en la Resolución 159 de 2020, en relación con la aplicación de la libertad regulada al GLP de propiedad de Parex.

2. En consecuencia, se solicita que la regulación diferenciada que se realice frente al precio máximo del GLP de la PTF Capachos, se limite únicamente a la comercialización realizada por Ecopetrol del GLP que sea de su propiedad. Lo anterior pues, Parex no cumple con las condiciones que se establece la regulación en el artículo primero de la Resolución CREG 123 de 2010, para la determinación de un régimen tarifario aplicable a nuevas fuentes de producción de GLP.

3. Indicar de forma expresa que el GLP de propiedad de Parex se comercializará conforme el régimen de libertad vigilada.”

La Resolución CREG 159 de 2020 fue notificada a las empresas ECOPETROL S.A. y PAREX RESOURCES mediante notificación electrónica I-2020-003460 y I-2020-003461 del 28 de agosto de 2020, respectivamente, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020 y el artículo 56 de la Ley 1437 de 2011.

Una vez establecida la fecha de notificación y verificada la fecha de interposición del recurso, se establece que los recursos de reposición fueron interpuestos en tiempo, toda vez que el plazo máximo vencía el día 04 de septiembre del 2020.

En virtud de lo anterior, y una vez verificado el cumplimiento de los requisitos a los que hace referencia el artículo 77⁵ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la CREG a realizar un análisis y pronunciarse en relación con los argumentos en que se sustenta la impugnación.

2. Fundamentos del recurso

Los argumentos del recurso de reposición interpuesto por la empresa ECOPETROL S.A. hacen referencia a lo siguiente:

5 “Artículo 77. Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.
2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.
4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.
- (...)



Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

"1. El precio máximo regulado debe ser el precio de paridad de importación"

El artículo 1 de la Resolución CREG 159 de 2020 señala que el precio máximo regulado de suministro del GLP producido en la PTF Capachos será determinado aplicando lo dispuesto en el artículo 3 de la Resolución CREG 066 de 2007, lo que equivale al precio máximo regulado de las fuentes Barrancabermeja y Apiay.

Al respecto, Ecopetrol entiende que el sustento de esta decisión se encuentra en los considerandos de la resolución que se recurre y en el Documento CREG 125 de 2020, en el que se plantea lo siguiente:

"En este sentido, la metodología tarifaria vigente corresponde a una de costo de oportunidad que, de acuerdo con los análisis adelantados por la Comisión, hace referencia al precio de paridad de exportación.

Teniendo en cuenta lo anterior, y lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución, la Comisión no identifica razones por las que el precio del GLP producido en la PTF Capachos, con destino al servicio público domiciliario, deba ser diferente al precio máximo regulado del GLP proveniente de las fuentes de producción ubicadas en el interior del país, considerando que tanto su ubicación geográfica como la dificultad de exportar el producto, se mantienen como en las fuentes mencionadas" (subrayas fuera de texto).

De lo anterior se desprende que la resolución recurrida: i) asimila la metodología de costo de oportunidad al precio de paridad de exportación; y ii) supone que las condiciones del mercado no han cambiado desde el año 2007, en particular en el mercado del interior del país. Lo anterior no observa los artículos 73, 74 y 87 de la Ley 142 de 1994, en la medida en que el precio máximo regulado establecido por la CREG no es el eficiente.

Además, encontramos que la resolución recurrida no expone en forma alguna por qué una metodología de costo de oportunidad conduce en este caso al precio de paridad de exportación, esto es, omite realizar una evaluación para determinar el precio eficiente del mercado a partir de esa metodología de costo de oportunidad, en consideración a los fines que la Ley definió para la regulación y en respuesta a la solicitud realizada por Ecopetrol. La resolución recurrida tampoco desarrolla los argumentos para justificar que el precio máximo regulado de Capachos debe ser igual al precio máximo regulado de otras fuentes ubicadas en el interior del país.

Así, la resolución que se recurre carece de una debida motivación. Se trata de una decisión que tiene efectos económicos en múltiples agentes del mercado, entre ellos Ecopetrol, sin el rigor que exige una actuación con la que el Estado interviene en la economía.

Desde el punto vista de Ecopetrol, las consideraciones de los puntos i) y ii) anteriores deben ser reevaluadas para poder tenerlas en cuenta en la fijación del precio del GLP de la fuente Capachos. (...)

(...)

a. Consideraciones frente a la aplicación de la metodología tarifaria vigente

En Ecopetrol entendemos que la regulación vigente para la determinación del precio de suministro de GLP se fundamenta en el reconocimiento al productor del costo de oportunidad del producto. De igual manera, entendemos que el costo de oportunidad es variable en función de las condiciones del mercado del energético.

(...)

Es pertinente reiterar que Ecopetrol no está solicitando cambiar la metodología tarifaria a través de un acto particular, como el que se recurre y el que decidirá el recurso. Por el contrario, lo que solicita Ecopetrol es que se dé aplicación estricta a la metodología tarifaria vigente que, como se explicó, se basa en el reconocimiento del costo de oportunidad. En esta aplicación, solicitamos que se calcule el costo de oportunidad en razón a las condiciones de corto y mediano plazo del

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

mercado de GLP que, como se demostró en la solicitud inicial, reflejan un déficit estructural en el balance nacional y, por tanto, implican un requerimiento permanente de producto importado.

(...)

b. Precio del GLP producido en las fuentes del interior del país como referencia para determinar el precio del GLP producido en Capachos

(...) en Ecopetrol entendemos que, el acto recurrido, en aplicación de la metodología tarifaria vigente, determinó que el costo de oportunidad del mercado doméstico del centro del país en la actualidad es equivalente al costo de oportunidad que la Comisión estimó en el año 2007 para el GLP de Barrancabermeja y Apiay, esto es el precio de paridad de exportación en consideración de la condición superavitaria que el mercado tenía hace más de una década.

Sin embargo, esta aproximación no es correcta, pues supone que las premisas con las que se estimó el costo de oportunidad de las fuentes de producción de GLP de Ecopetrol en 2007 se cumplen de manera estricta al momento de resolver la solicitud de precio máximo regulado para Capachos. Lo anterior, en detrimento del cumplimiento de los objetivos fijados por la regulación.

Así las cosas, bajo las condiciones actuales, con la participación activa de nuevos agentes en el mercado, y en presencia de un mercado estructuralmente deficitario, la aplicación de la metodología vigente lleva a que el precio máximo regulado del GLP se estime como el precio de paridad de importación, tal y como lo señaló la Comisión en el Documento 046 de 2005. Esto coincide con la solicitud de Ecopetrol.

c. Consideraciones respecto a la diferencia de precios entre fuentes

Ahora bien, si la Comisión accede a la petición de Ecopetrol y fija el precio de paridad de importación como precio máximo regulado para el GLP producido en Capachos, habría una diferencia de precios con otras fuentes del interior del país, a todas las cuales la Comisión les ha fijado un precio de paridad de exportación.

Esto no debe ser un impedimento para que la Comisión fije el precio eficiente en la fuente Capachos. En efecto, así cumpliría el mandato que le señaló la Ley, y no es admisible concluir a priori que habría prácticas tales como el arbitraje entre fuentes, según lo ha mencionado la Comisión en otras actuaciones administrativas.

(...)

En el contexto de Capachos, observamos que existen suficientes limitaciones prácticas y económicas para que se pueda llevar a cabo un arbitraje de precios como el que entendemos consideró la CREG en el 2010 para la fijación del precio regulado de Cusiana, y en el 2019 para establecer el precio de Cupiagua durante el comisionamiento.

d. Mención al sustento de la fijación del precio máximo regulado de Dina y Gigante

(...)

Adicionalmente, llamamos la atención, nuevamente, sobre el hecho de que la fijación del precio máximo de suministro debe corresponder a la aplicación de la metodología tarifaria vigente, esto es, la metodología de costo de oportunidad. Así, entendemos que en el año 2011 cuando se fijó el precio regulado de Dina y Gigante, las condiciones del mercado nacional no eran muy distintas de aquellas a las que prevalecieron cuando se expidió la Resolución CREG 066 de 2007 y, en ese sentido, el costo de oportunidad se estimó como el precio de paridad de exportación.

Valga recordar que el mandato que la Ley determinó para la CREG y la regulación no es establecer precios únicos o precio percibidos como bajos, sino que es revelar los precios eficientes. Esto es, el mandato de la Ley 142 de 1994 es que los precios del producto se fijen en los niveles que asimilen un mercado en competencia.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

Para el caso de Capachos, reiteramos la petición de Ecopetrol de que en el marco de la metodología vigente se consideren las condiciones de abastecimiento del mercado de GLP para estimar el precio máximo regulado. Esto implica, en línea con los argumentos expuestos por Ecopetrol en la solicitud de precio regulado, que se fije el precio de paridad de importación".

2. El régimen tarifario debe ser el de libertad regulada

Ecopetrol ha sido diligente y cuidadosa al cerciorarse de ofrecer el GLP en el mercado mayorista observando cabalmente las disposiciones del marco normativo vigente. Este es el contexto de la comunicación con radicado CREG E-2020-000729, mediante la cual acudió a la Comisión para clarificar el precio al cual podría vender el GLP de la fuente Capachos.

En Ecopetrol entendemos que el regulador debe obrar en el mismo contexto, considerando entre otros el alcance de su regulación, en particular lo dispuesto en el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010, norma a la cual nos referimos en las comunicaciones con radicados CREG E-2020-000729, E-2020-002224 y E-2020-003431, estas últimas para atender la solicitud de información que nos hizo la Comisión.

El artículo mencionado extendió el régimen tarifario de libertad regulada a todas las fuentes que fuesen comercializadas mayoritariamente por Ecopetrol, o a aquellas sobre cuya comercialización Ecopetrol tuviese control directo e indirecto. Esto debido a que para la época esta empresa ostentaba una posición dominante en el mercado del GLP como servicio público domiciliario. De esta forma, el artículo en mención estableció lo siguiente:

"Las fuentes de producción nacional de GLP distintas a las indicadas en los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 066 de 2007 serán sometidas al régimen de libertad regulada, cuando el beneficiario real de su comercialización sea mayoritariamente Ecopetrol, o dicha comercialización esté bajo responsabilidad y control de éste último, en forma directa ó indirecta" (negrillas fuera de texto)

Así, el artículo determinó de manera clara las situaciones de hecho ante las cuales una fuente debe ser comercializada bajo el régimen de libertad regulada, esto es, teniendo un precio máximo regulado aprobado previamente por la Comisión. Según el artículo, el régimen de libertad regulada procederá cuando: i) el beneficiario real de su comercialización sea mayoritariamente Ecopetrol; o ii) la comercialización esté bajo responsabilidad y control de este en forma directa o indirecta.

Si bien la resolución que se recurre hace una disección del artículo en comento de manera similar a la arriba planteada, las conclusiones de la Comisión son abiertamente contrarias a la norma, y su aplicación al caso concreto están en contravía de las pruebas allegadas a la actuación administrativa. En las consideraciones de la resolución se plantea:

"Según lo previsto en el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010, las fuentes de producción nacional de GLP serán sometidas al régimen de libertad regulada cuando i) el beneficiario real de su comercialización sea mayoritariamente Ecopetrol, en forma directa o indirecta; ii) la comercialización esté bajo responsabilidad y control de Ecopetrol, en forma directa ó indirecta.

*De lo anterior se tiene que el sometimiento de la comercialización mayorista de GLP al régimen de libertad regulada se da por fuente de producción nacional. En ese sentido, aunque no se precisan cantidades comercializadas que deban encontrarse bajo responsabilidad y control de Ecopetrol para que una fuente se encuentre sujeta al régimen de libertad regulada, cuando en la misma la comercialización se adelanta por más de un comercializador, la definición del precio máximo regulado de suministro de GLP consideró la posición dominante de Ecopetrol. **En este orden de ideas, el régimen de libertad regulada es aplicable a una fuente de producción cuando ECOPETROL, directa o indirectamente, adelante la comercialización de producto proveniente de dicha fuente, indistintamente de las cantidades que este comercialice** (subrayas y negrillas propias)*

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

La conclusión subrayada y resaltada es equivocada a la luz del tenor literal y jurídico de la norma, y no observa lo probado en el proceso. En efecto, la resolución afirma que si Ecopetrol comercializa GLP de una fuente aplica el régimen de libertad vigilada, omitiendo cualquier consideración respecto de la proporción (mayoría) de Ecopetrol en la participación de dicha comercialización, y respecto de la posibilidad de ostentar y ejercer control sobre la misma.

La resolución, por tanto, no está en consonancia con la redacción del artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010, llegando así a una conclusión equivocada y viciando la resolución que se repone.

(...)

Reiteramos que la resolución que se recurre se queda corta en el análisis de la aplicación del artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010 al caso concreto, pues es evidente la ausencia de consideración alguna respecto de la valoración de la responsabilidad y control de Ecopetrol en la comercialización de la fuente Capachos, aun cuando Ecopetrol lo puso de presente según se trascribió. De haber existido tal análisis, sería sencillo concluir que ninguno de los supuestos de hecho comprendidos en el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010 se cumplen y que, por tanto, el régimen tarifario aplicable a la fuente Capachos es el de libertad vigilada.

El solo hecho de que Ecopetrol participe en la comercialización de la misma no es razón suficiente, a la luz de la Resolución CREG 123 de 2010, para concluir que esta debe tener un régimen de libertad regulada (...)"

Adicionalmente, la empresa PAREX RESOURCES, en el recurso de reposición presentado, expone las siguientes razones por las cuáles la CREG debe modificar la Resolución 159 de 2020:

"(...) 3.1 Violación del principio de legalidad

La CREG transgredió el ordenamiento jurídico al aplicar a Parex, mediante la Resolución CREG 159 de 2020, una consecuencia jurídica, sin el cumplimiento de los supuestos de hecho establecidos en la Resolución CREG 123 de 2010 para la consecuencia jurídica aplicada.

(...) a continuación, se presentarán las razones por las cuáles la CREG en ejercicio de sus funciones tomó una decisión por medio de la Resolución CREG 159 de 2020, que no se encuentra sustentada en la regulación e inaplica de manera manifiesta la Resolución CREG 123 de 2010.

(a) Libertad regulada para la comercialización mayorista de GLP

(...) la CREG yerra en su interpretación de la norma, porque al aplicar un régimen de excepción, como es el de la libertad regulada, debe aplicar una interpretación restrictiva y no una extensiva. La interpretación restrictiva demanda de la CREG que sólo aplique el régimen de excepción cuando se cumplan de forma taxativa y clara, los supuestos establecidos en la ley para aplicar la excepción. Este criterio se amplifica si al hacerlo, la CREG está restringiendo el derecho a la libre competencia y la libertad de empresa.

(...)

Es claro que la Resolución 159 de 2020 impone barreras injustificadas a Parex para acceder al mercado del GLP como productor comercializador, pues como se explica en este documento aplica la regulación atentando contra los derechos de Parex. Esto no sólo afecta el acceso al mercado en la comercialización del GLP, sino las inversiones de Parex en Colombia de forma injusta, inequitativa y discriminatoria. Obligar a Parex a vender el GLP bajo el régimen de libertad regulada es una barrera injustificada impuesta por la CREG y el estado colombiano a Parex.

(...)

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

(b) *Transgresión del ordenamiento jurídico por parte de la CREG debido a la inaplicación de los supuestos de hecho establecidos en el artículo primero de la Resolución CREG 123 de 2010.*

La CREG mediante la Resolución CREG 159 de 2020 desconoció las condiciones establecidas por el regulador para someter a un comercializador de GLP de nuevas fuentes de producción de GLP bajo el régimen de libertad regulada.

(...)

Así las cosas, y acorde con lo demostrado en la actuación administrativa, (i) el 50% del GLP proveniente del PTF Capachos es de propiedad de Parex, (ii) La comercialización de este 50% de GLP está a cargo de Parex manera independiente, y por ende, esta actividad no se encuentra ni bajo la responsabilidad ni el control de Ecopetrol y (iii) Ecopetrol no se beneficia de ningún modo con la actividad de comercialización de un gas que no es de su propiedad.

Por lo anterior, y acorde con lo dispuesto en la regulación, no es dable determinar que por compartir la fuente de producción PTF Capachos, se concluya que Ecopetrol controle, sea responsable o se beneficie de la actividad de comercialización realizada por Parex. Criterios a partir de los cuáles se da la aplicación de un régimen tarifario en virtud de la libertad regulada. Por lo tanto, la Resolución de la CREG debe ser modificada, y la CREG debe aplicar la libertad vigilada al precio del GLP de propiedad de Parex.

(...)

(c) *Transgresión de las normas que establecen la libertad de competencia*

La CREG está haciendo extensiva la posición dominante de Ecopetrol para dar aplicación a Parex de la libertad regulada, violando el derecho de la libre competencia y a la libertad de empresa de Parex. Está asumiendo que es Ecopetrol el que va a comercializar el GLP de Parex.

La libertad de competencia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 333 constitucional, implica que los agentes económicos buscan la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado.

(...) la aplicación del régimen de libertad regulada a Parex, sin el cumplimiento de los presupuestos establecidos la Resolución CREG 123 de 2010, implica una violación directa al principio de igualdad de Parex frente a otros agentes del mercado que realicen la comercialización de GLP proveniente de fuentes de producción nacional.

Lo anterior pues a estos, de cumplirse que (i) sus fuentes de producción sean distintas a las indicadas en los artículos tercero y cuarto de la Resolución CREG 66 de 2007, (ii) el beneficiario real de su actividad de comercialización no sea mayoritariamente Ecopetrol, y (iii) que dicha comercialización no esté bajo responsabilidad y control de Ecopetrol, estarán sujetos al régimen de libertad vigilada.

(...)

3.2 Falta de motivación del acto administrativo

Existe una carencia total de justificación frente a la decisión adoptada por la CREG al inaplicar los criterios establecidos en el artículo primero de la Resolución CREG 123 de 2010, y por ende determinarle a Parex un precio máximo de suministro de GLP.

(...)

3.3 Falsa motivación del acto administrativo

Las razones presentadas por la CREG para justificar la aplicación de la Resolución CREG 123 de 2010 a Parex, implican un error en la fundamentación del acto.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

(...) no existen en la Resolución CREG 159 de 2020 razones ciertas, suficientes y probadas en el curso de la actuación administrativa frente a ninguna de las causales de aplicación de la Resolución CREG 123 de 2010:

(i) Que el beneficiario real de la comercialización sea mayoritariamente Ecopetrol, no se probó ni se justificó. Es más, se estableció incluso de manera clara que el porcentaje de participación, en virtud del JOA entre estas compañías era de 50% cada una.

(ii) Que dicha comercialización esté bajo responsabilidad y control de Ecopetrol en forma directa o indirecta, no se estableció. Por otro lado, lo que se probó dentro del procedimiento fue que la comercialización del GLP proveniente de la PTF Capacho se realizaba de manera independiente por cada una de las partes. Así, Ecopetrol no se relaciona de manera alguna con la comercialización que realice Parex de su propio GLP.

Acorde con lo anterior, se presenta una omisión de motivar el acto administrativo por parte de la CREG, en relación con el cumplimiento de Parex, pues no se establecen como hechos ciertos y probados las situaciones de hecho presentadas en el artículo primero de la Resolución CREG 123 de 2010 para dar aplicación a la libertad regulada.

(...)

3.4 Desconocimiento del derecho a la libre competencia

(...) a pesar que la CREG aplica el cuestionario de la Resolución 44649 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio ("SIC"), la CREG hace un análisis errado, concluyendo que la Resolución CREG 159 de 2020 no tendría incidencia sobre la libre competencia y, en consecuencia, no debe remitir el proyecto regulatorio de dicha resolución a la SIC.

De manera contraria a la interpretación de la CREG, resulta evidente que la Resolución CREG 159 de 2020 tiene efectos e incidencia sobre el mercado y la libre competencia, en la medida que establece un precio máximo regulado de suministro del GLP producido en la PTF Capachos a Parex, empresa a la cual le aplica el régimen de libertad vigilada. En este sentido, y a modo de ejemplo, no se entiende cómo la CREG respondió de manera negativa la pregunta del cuestionario sobre si el proyecto de resolución "controla o influye sustancialmente sobre los precios de los bienes o servicios o el nivel de producción".

Así las cosas, el hecho que la CREG haya llevado a cabo el análisis sobre la incidencia en materia de competencia de la Resolución CREG 159 de 2020 de manera errónea, condujo a que dicha entidad incumpliera la obligación de informar a la SIC el proyecto de la Resolución CREG 159 de 2020 de conformidad con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, y en contravía y desconocimiento de la normativa de libre competencia, pero sobre todo, del propósito del régimen de abogacía de la competencia, que justamente consiste en evitar a través del análisis previo por parte de la SIC, que una regulación del propio estado obstaculice la libre competencia en los mercados.

Sumado a lo anterior, se advierte que el error de la CREG daría lugar a la nulidad de la Resolución CREG 159 de 2020 por expedición de forma irregular y violación de las normas.

(...)

3.5 Violación al principio a la seguridad jurídica y confianza inversionista

La Resolución 159 de 2020, no únicamente tiene todos los inconvenientes señalados anteriormente. Tiene un impacto en los fundamentos del ordenamiento jurídico de rango constitucional. La Resolución 159 de 2020 atenta contra el principio de la seguridad jurídica a que tienen derecho todas las personas en Colombia.

(...) en línea con lo que indicamos de la violación al derecho a la igualdad en la Sección 3.1, es claro que la aplicación equivocada y sorpresiva de la CREG de la regulación viola el principio a la seguridad jurídica. La lectura equivocada de la CREG de lo que dice su propia regulación atenta contra el ejercicio de los derechos de Parex. Derechos tales como la libre competencia, la

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

libertad de empresa, debido proceso, igualdad, a que se aplique el principio de legalidad, confianza en que la administración va a actuar de buena fe, entre otros.

Era claro para el mercado que el régimen de libertad regulada únicamente aplica cuando se dan las condiciones establecidas en el artículo 1 de la Resolución 123 de 2010. Pero sorprende que la CREG aplique esta norma cuando Ecopetrol no es mayoritariamente el beneficiario real del GLP que comercializa Parex (porque en realidad no se beneficia en nada del GLP de propiedad de Parex) y cuando Ecopetrol no tiene ningún control en la comercialización del GLP de propiedad de Parex.

Es tan evidente que la interpretación de la CREG iba a atropellar los derechos de Parex, que la CREG le da a Parex el derecho a mantener los contratos que ya había firmado. Esto es típico de cuando existe un cambio en la posición de la autoridad respecto de la aplicación de una norma o cuando se expide una nueva regulación. Pero es que acá no es que haya un cambio, sino que hay una indebida aplicación, y por supuesto no hay un cambio normativo.

(...)

3.6 Perjuicio económico causado a Parex con la violación al principio de la seguridad jurídica

Volviendo al contenido del principio de la seguridad jurídica, es claro que uno de sus criterios subyacentes es la predictibilidad y la confianza de que las autoridades van a aplicar las normas de una forma predecible (diferente a estática). Esta predictibilidad es clave para el ejercicio del derecho a la libertad de empresa y libre competencia. En esta predictibilidad es que Parex realizó las inversiones en la PTF Capachos, evaluadas en más de SEIS punto CINCO [6.5] millones de dólares. Vale la pena señalar que esta inversión se proyectó en el escenario de precios de mercado libres que son superiores al precio regulado y para ser recuperada en el tiempo estimado de reservas de gas del Campo Capachos el cual actualmente es de aproximadamente 10 años, que es el que abastece a la PTF Capachos, por lo que el nuevo esquema de límite de precios establecido en la Resolución para Parex, puede llevar a un escenario en que se agoten las reservas de gas del campo sin que se haya siquiera cubierto la inversión realizada, causando un perjuicio económico de gran magnitud, a todas luces ilegal e injustificado a Parex, por lo cual la inversión se está viendo amenazada por el trato inequitativo, injusto y discriminatorio por parte de la CREG.

Además del perjuicio directo por la eventual perdida de la inversión en la PTF Capachos, también se deben contemplar las pérdidas económicas y los gastos en tribunales de arbitramento y litigios, a los que se somete a Parex en los contratos de comercialización de GLP que tiene suscritos bajo unas condiciones tarifarias mayores, que seguramente se verán afectadas y serán objeto de discusión en virtud de las cláusulas de cambios regulatorios, que serán invocadas por sus compradores para buscar reducir el precio del GLP e igualarlo al precio regulado establecido por la CREG para el GLP propiedad de Parex, a pesar de lo mencionado por la CREG en su resolución 159 de 2020 objeto de este recurso.

III. ANÁLISIS CREG

1. Consideraciones generales

Amparada en lo previsto en las leyes 142 y 143 de 1994, los decretos 1524 y 2253 de 1994, 1260 de 2013, y en especial lo dispuesto en la Resolución CREG 066 de 2007, el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la Resolución CREG 159 de 2020, resolvió la actuación administrativa y determinó el precio máximo regulado de suministro del GLP producido en la PTF Capachos para el suministro de Comercializadores Mayoristas a Distribuidores.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

En este contexto, es importante tener en cuenta que la Comisión adoptó la decisión de la Resolución CREG 159 de 2020 con base en las siguientes consideraciones que se encuentran reflejadas en dicho acto administrativo y en su documento soporte:

- La Comisión no identificó diferencias en las condiciones de oferta del GLP proveniente del interior del país y la potencial oferta de GLP de la PTF Capachos, que lleven a definir un costo de oportunidad diferente para esta última fuente de producción.
- La solicitud se resolvió en el marco de la metodología tarifaria vigente, Resolución CREG 066 de 2007, según la cual se remunera al productor con base en el costo de oportunidad de acceder al mercado externo.
- ECOPETROL S.A. y PAREX RESOURCES son comercializadores mayoristas de GLP y, por ende, son sujetos regulados y les aplican las disposiciones contenidas en el reglamento de comercialización mayorista, Resolución CREG 053 de 2011, y todas aquellas normas que la modifiquen o sustituyan.
- De acuerdo con el marco regulatorio vigente, la Comisión establece el precio de suministro de GLP de comercializadores mayoristas a distribuidores para cada punto de suministro y, particularmente, para las fuentes comercializadas por ECOPETROL S.A. Además, la Comisión estableció como precio máximo regulado de GLP el "precio máximo que por todo concepto paga el distribuidor por el GLP entregado por el comercializador mayorista, en el punto de entrada al sistema de transporte o en las instalaciones que para entrega directa adecue el segundo, en las condiciones y cantidades pactadas en el contrato firme celebrado entre ellos".
- De conformidad con la información que reposa en el expediente administrativo, ECOPETROL S.A. y PAREX RESOURCES suscribieron un Farm Out Agreement-FOA el 05 de mayo del 2014 y un Joint Operating Agreement-JOA el 17 de diciembre de 2014, en virtud de los cuales cada uno cuenta con una participación del 50% de participación en la PTF Capachos.
- ECOPETROL S.A. tiene posición dominante en el mercado.
- Se consideró que, en el caso en concreto, era aplicable el segundo supuesto previsto en el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010; esto es, que la comercialización del producto proveniente de la PTF Capachos estaba bajo responsabilidad y control en forma directa o indirecta por parte de ECOPETROL, derivándose como consecuencia la aplicación de un régimen de libertad regulada para la determinación del precio de la fuente. Lo anterior bajo la premisa de que, al existir una sola infraestructura de entrega, no era posible realizar de forma separada la comercialización del producto por parte de ECOPETROL S.A. y PAREX RESOURCES. A dicha conclusión se llegó a partir de la aplicación de una interpretación

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

sistemática del marco regulatorio vigente, bajo el cual la determinación del precio se hace por fuente de producción y se aplica un solo régimen tarifario a dicha fuente.

Ahora, teniendo en cuenta los recursos, en este caso el recurso de reposición, dentro del trámite de una actuación administrativa, tienen como objeto que la administración revoque o modifique la decisión inicial, llevando a cabo una revisión de la decisión, dentro de los argumentos planteados en los recursos de reposición se encuentra el alcance y aplicación del artículo 1º de la Resolución CREG 123 de 2010, (i.e. numeral 2º del recurso de ECOPETROL S.A. y 3.1 del recurso de Parex Resources).

En cuanto a esto último, el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010, en relación con las nuevas fuentes de producción nacional de GLP, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 1. RÉGIMEN TARIFARIO APPLICABLE A NUEVAS FUENTES DE PRODUCCIÓN NACIONAL DE GLP COMERCIALIZADAS POR ECOPETROL. Las fuentes de producción nacional de GLP distintas a las indicadas en los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 066 de 2007 serán sometidas al régimen de libertad regulada, cuando el beneficiario real de su comercialización sea mayoritariamente Ecopetrol, o dicha comercialización esté bajo responsabilidad y control de éste último, en forma directa ó indirecta.

Parágrafo. Para el efecto, de manera previa a su comercialización, Ecopetrol debe solicitar a la CREG, mediante comunicación escrita, el precio regulado aplicable para la fuente de producción nacional que pretende comercializar, el cual será adoptado mediante Resolución.

Debe resaltarse que el precitado artículo contiene dos supuestos, de los que se deriva como consecuencia jurídica que la fuente sea sometida al régimen de libertad regulada, a saber:

1. Que el beneficiario real de su comercialización sea mayoritariamente Ecopetrol, o
2. Que dicha comercialización esté bajo responsabilidad y control de este último, en forma directa o indirecta.

De acuerdo con esto, de no cumplirse alguna de estas dos condiciones, una fuente de producción nacional no está sometida a un régimen de libertad regulada y, por tanto, no debe definirse un precio regulado.

Ahora, como parte de los argumentos expuestos de reposición se encuentra la revisión de la interpretación hecha del artículo 1º de la Resolución CREG 123 de 2010 para el caso concreto. Dicha revisión por parte de la Comisión conlleva a identificar inicialmente que, de acuerdo con la forma en que se encuentra redactado el artículo 1º, la norma considera como elemento inicial "el sometimiento a la fuente de producción nacional", por lo que dicha norma no considera de manera principal que la regulación este dirigida a los comercializadores, elemento que fue considerado inicialmente por parte de la Comisión dentro de la decisión de la Resolución CREG 159 de 2020.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

A partir de que la norma está dirigida a la fuente de producción nacional, se debe proceder a identificar si se da alguna de las causales previstas en el artículo 1º de la Resolución CREG 123 de 2010, toda vez que las causales que contiene el artículo son independientes, en la medida en que se encuentran en su redacción separados por una coma seguida de la letra "o" que es disyuntiva, lo que significa que puede darse cualquiera de las dos situaciones para que se derive la consecuencia de derecho de que trata el artículo; esto es, aplicar un régimen de libertad regulada, sin requerirse que acaezcan los dos supuestos de hecho de forma simultánea.

En el presente caso y respecto del primer supuesto normativo, que el beneficiario real⁶ de la comercialización del GLP proveniente de la fuente sea mayoritariamente ECOPETROL S.A., debe resaltarse que este no fue el supuesto bajo el cual se amparó esta Comisión para justificar la adopción de la decisión impugnada, en la medida en que en el desarrollo de la actuación administrativa quedó demostrado que no se cumple con esta condición, en razón a que, de acuerdo con el JOA celebrado entre ECOPETROL S.A. y PAREX RESOURCES, la participación sobre el GLP proveniente de la PTF Capachos se encuentra asignado en un 50% a cada una de las partes y, por ende, no se puede concluir que haya una participación mayoritaria por parte de ECOPETROL S.A. en los beneficios de la comercialización del producto.

En las consideraciones de la Resolución CREG 159 de 2020 se indicó lo siguiente:

"Sin perjuicio de lo anterior, debe resaltarse que, mediante Resolución CREG 123 de 2010, la Comisión extiende el régimen de libertad regulada a las fuentes de producción nacional de GLP distintas a las indicadas en los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG 066 de 2007.

Según lo previsto en el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010, las fuentes de producción nacional de GLP serán sometidas al régimen de libertad regulada cuando: i) el beneficiario real de su comercialización sea mayoritariamente Ecopetrol, en forma directa ó indirecta; ii) la comercialización esté bajo responsabilidad y control de Ecopetrol, en forma directa ó indirecta.

De lo anterior se tiene que el sometimiento de la comercialización mayorista de GLP al régimen de libertad regulada se da por fuente de producción nacional. En ese sentido, aunque no se precisan las cantidades comercializadas que deban encontrarse bajo responsabilidad y control de ECOPETROL para que una fuente se encuentre sujeta al régimen de libertad regulada, cuando en la misma la comercialización se adelanta por más de un comercializador, la definición del precio máximo regulado de suministro de GLP consideró la posición dominante de ECOPETROL. En ese orden de ideas, el régimen de libertad regulada es aplicable a una fuente de producción cuando ECOPETROL, directa o indirectamente, adelante la comercialización de producto proveniente de dicha fuente, indistintamente de las cantidades que este comercialice". (subrayado fuera de texto)

⁶ De acuerdo con el artículo 37 de la Ley 142 de 1994, el beneficiario real es la persona que se beneficia de la ejecución o celebración de actos o contratos de las empresas de servicios públicos. Lo anterior, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios y no para hacer fraude a la ley.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

De acuerdo con el aparte citado, la justificación para la adopción de la decisión de aplicar un régimen de libertad regulada para la definición del precio del GLP proveniente de la PTF Capachos se originó en la aplicación del segundo supuesto de que trata el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010; esto es, que la comercialización del producto proveniente de la fuente esté bajo responsabilidad y control, en forma directa o indirecta por parte de ECOPETROL S.A.

Sobre este punto debe resaltarse que esta Comisión no ha definido condiciones particulares en las que deba entenderse que se presentan situaciones de responsabilidad y control en forma directa o indirecta sobre la comercialización de una fuente, motivo por el cual las premisas descritas en el artículo deben entenderse en un sentido amplio y conforme a lo previsto en la regulación vigente.

Dentro del acto administrativo impugnado se realizó un análisis de la actividad de comercialización mayorista de GLP, de acuerdo con lo previsto en la Resolución CREG 066 de 2007, e indicándose de manera expresa cómo la regulación ha definido dicha actividad y cómo se desarrolla el ejercicio de la misma, para llegar a la conclusión de que ECOPETROL S.A. tenía responsabilidad y control sobre la comercialización y, por ende, debía aplicarse a la fuente un régimen de libertad regulada. Además, de los motivos expresados en el acto administrativo se evidencia que, de acuerdo con el marco regulatorio vigente, la definición de precio está dada para la fuente, y a la misma solo le aplica un régimen tarifario.

Sin embargo, de la revisión de la aplicación de la norma, se extrae que, si bien la regulación se hace sobre el GLP de una fuente, la comercialización es una actividad separable de las condiciones de operación y logística. Por tanto, la compartición de estos elementos no necesariamente impone una responsabilidad y control de la comercialización indirecta de la fuente por parte de uno de los agentes, sino que tal situación, de hecho, debe ser probada en cada caso particular. En el presente caso, no hay evidencia de que Ecopetrol tenga la responsabilidad y control de la comercialización en forma indirecta o, dicho de otro modo, no hay evidencia de que Parex Resources no pueda comercializar en forma autónoma el producto de su propiedad dentro de la fuente.

De acuerdo con esto, no es relevante en el presente caso el régimen tarifario aplicable al GLP que comercialice PAREX RESOURCES, toda vez que se ha identificado que el elemento esencial de aplicación del artículo 1º de la Resolución CREG 123 de 2010 corresponde a la fuente producción, y que se encuentre demostrada alguna de las causales allí previstas, lo cual no ocurren en el caso concreto, por lo que la entrega del producto en una misma facilidad no necesariamente condiciona la comercialización del mismo, pues se refiere más a un aspecto operativo y logístico que puede ser decidido entre las partes, sin comprometer las cantidades de producto definidas y la manifestación de voluntades en la celebración de los contratos de suministro que puedan ser suscritos.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

En ese sentido, los supuestos previstos en la Resolución CREG 123 de 2010 no son predicables respecto de la situación de PAREX RESOURCES, ya que no quedó demostrado en el desarrollo de la actuación administrativa que ECOPETROL S.A. sea beneficiario real mayoritario de la comercialización de la fuente, tampoco tendría la responsabilidad y control de la comercialización del producto de propiedad de PAREX RESOURCES.

Ahora bien, revisadas las anteriores condiciones de hecho, surge la necesidad de identificar si el artículo 1 de la Resolución 123 de 2010, en su segundo supuesto, de hecho exige que todo el producto de la fuente sea comercializado por ECOPETROL S.A., o que baste que este sea comercializador de alguna parte de la fuente.

Al respecto, se considera que, si bien la norma bajo análisis plantea dos supuestos de hecho – "cuando el beneficiario real de su comercialización sea mayoritariamente Ecopetrol, o dicha comercialización esté bajo responsabilidad y control de éste último, en forma directa ó indirecta"- estos no son excluyentes y, por tanto, una lectura literal de la norma revela que el segundo supuesto exige, igual que el primero, que ECOPETROL S.A. sea mayoritario en la actividad de comercialización del producto, para asignarle la consecuencia jurídica de que la comercialización del GLP de la fuente esté sujeta al régimen de libertad regulada.

Como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta que el objeto de la actuación es "*ordenar la creación de un expediente administrativo y adelantar una actuación administrativa particular con el objeto de resolver las solicitudes hechas por Ecopetrol en su comunicación 2-2020-093-21573, con radicado CREG E-2020-000729, con fundamento en el artículo 1 de la Resolución CREG 123 de 2010 y la Ley 142 de 1994*" y que dichas solicitudes corresponden a que "*1. Establezca el precio máximo regulado para el GLP de Capachos, nueva fuente de producción nacional a ser comercializada por Ecopetrol.*" y "*2. Establezca que Ecopetrol podrá comercializar este producto a un precio máximo regulado igual al precio de paridad de importación del GLP, referenciado al mercado de Mont Belvieu, Estados Unidos.*", en el presente caso, al no encontrarse probadas las causales previstas en el artículo 1º de la Resolución CREG 123 de 2010 para esta fuente de producción nacional denominada Capachos, no le corresponde a la Comisión emitir decisión al respecto y, por tanto, dicha fuente de producción nacional mantiene su régimen de libertad vigilada.

Por tanto, una decisión por parte de la Comisión, es decir, una manifestación de voluntad por parte de la administración y la existencia de un acto administrativo, solo es procedente en el marco de que se encuentre probada alguna de las causales previstas en el artículo 1º de la Resolución CREG 123 de 2010, para una nueva fuente de producción nacional.

Expuesto lo anterior, se evidencia que los demás argumentos expuestos en los recursos de reposición de Parex Resources y ECOPETROL S.A. no requieren ser revisados, toda vez que, al no contar con una decisión de establecer un precio regulado, los mismos carecen de objeto por sustracción de materia.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por Ecopetrol y Parex Resources contra la Resolución CREG 159 de 2020 "Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en la PTF Capachos"

Por todo lo anteriormente expuesto, se concluye que es procedente reponer la Resolución CREG 159 de 2020.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No.1058 del 10 de noviembre de 2020, acordó expedir la presente resolución.

R E S U E L V E:

Artículo 1º. REPONER la Resolución CREG 159 de 2020 por las razones expuestas en el presente acto administrativo. Por tanto, se revocan las decisiones adoptadas en dicho acto administrativo.

Artículo 2º. ARCHIVAR la presente actuación administrativa, toda vez que las solicitudes hechas por ECOPETROL S.A. en su comunicación en su comunicación 2-2020-093-21573, con radicado CREG E-2020-000729 son improcedentes en el marco del artículo 1º de la Resolución CREG 123 de 2010.

Artículo 3º. NOTIFICAR la presente Resolución a los representantes legales de ECOPETROL S.A. y PAREX RESOURCES, advirtiéndoles que contra lo decidido en el presente acto administrativo no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a **10 NOV. 2020**


MIGUEL LOTERO ROBLEDO

Viceministro de Energía
Delegado del Ministro de Minas y Energía
Presidente


JORGE ALBERTO VALENCIA MARÍN

Director Ejecutivo