



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 134 DE 2018

(02 NOV. 2018)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

CONSIDERANDO QUE:

1 ANTECEDENTES

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.

Mediante comunicación con radicado E-2017-001218 Alcanos de Colombia S.A. E.S.P., 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 [REDACTED], suscritos entre las partes, ..."*

Surtida la actuación administrativa correspondiente y debidamente considerados los argumentos de las partes la Comisión aprobó la Resolución CREG 071 de 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 [REDACTED]* la cual fue notificada a las partes.

El artículo 1 de la resolución señala:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

"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 [REDACTED] en el sentido de indicar 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".

2 RECURSO DE REPOSICIÓN

Mediante comunicación con radicado E-2018-008960 la apoderada de Ecopetrol interpuso recurso de reposición contra la Resolución CREG 071 de 2018 y solicitó:

"Teniendo en cuenta que la negociación del precio y la aplicación del mecanismo de actualización fueron definidos en contratos escritos cumpliendo con los requisitos establecidos en la Resolución CREG 089 de 2013 y el Anexo 4 modificado por la Resolución CREG 105 de 2015, solicitamos modificar la decisión contenida en la Resolución CREG 071 de 2018 en el sentido de no acceder a las peticiones de ALCANOS DE COLOMBIA S.A. ESP y declarar que ECOPETROL cumplió con la regulación vigente al momento de la celebración de los mismos, al acordar con Alcanos el precio para los 5 años de ejecución del Contrato".

2.1 La admisibilidad del recurso

Conforme a lo señalado en el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo procede el recurso de reposición ante quien expidió la decisión, contra los actos definitivos. Así mismo el artículo el 73.7 de la Ley 142 de 1994 señala que corresponde a esta Comisión decidir los recursos que se interpongan contra sus actos.

La Resolución CREG 071 de 2018 fue notificada a Ecopetrol mediante Aviso 053 del 24 de agosto de 2018, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El recurso fue interpuesto dentro del plazo legal, el día 4 de septiembre.

En virtud de lo anterior y una vez verificado el cumplimiento de los requisitos a los que hace referencia el artículo 77¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de

¹ "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 resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

lo Contencioso Administrativo, procede la CREG a realizar un análisis y pronunciarse en relación con los argumentos en que se sustenta la impugnación.

2.2 Fundamentos del recurso

Ecopetrol fundamenta el recurso en los argumentos que se resumen o transcriben a continuación:

Después de trascibir algunos apartes de la Resolución CREG 071 de 2018 Ecopetrol manifiesta en el escrito:

"En relación con las anteriores afirmaciones de la CREG, como lo desarrollaremos más adelante, respetuosamente nos permitimos señalar:

- 1.1 *Como fuera expuesto en respuesta de ECOPETROL a la CREG, con radicado 2018-001341 y en concordancia con lo establecido en la Resolución CREG 089 de 2013 en el artículo 29 numeral 2, en el caso de las negociaciones directas **el precio será el que acuerden las partes**.*
- 1.2 *Contrario a lo que afirma el Regulador en la Resolución CREG 071 de 2018, **No está previsto en ningún aparte de la Regulación que las partes tenían la libertad 'circunscrita o limitada' a pactar**, en los contratos de suministro de más de un año, **exclusivamente el precio del primer año de ejecución del contrato**.*
- 1.3 *No es cierto, como lo afirma la CREG en la Resolución 071, que la regla de actualización contenida en la formula prevista en el numeral 2 del Anexo 4 De la Resolución 089 de 2013, considera 'no solo la pérdida de valor adquisitivo del dinero, sino otros elementos tales como las variaciones del mercado'.*

"... de la lectura de las resoluciones vigentes para la fecha de celebración de los Contratos de Suministro GAS [REDACTED] no resulta evidentemente concluyente la consecuencia que afirma la CREG y no trae expuesta de manera expresa la Regulación, consistente en que a las partes, sólo tenían la libertad para acordar en ejercicio de la autonomía de la voluntad, un único precio para el primer año de suministro del contrato, y conforme a éste, se determinaría el precio (entendido como contraprestación al suministro) para los años siguientes.

(...)

1.1 Descripción general del mecanismo de actualización de precios".

La empresa procede a transcribir las fórmulas contenidas en el numeral 2 del Anexo 4 de la Resolución 089 de 2013, tal y como fue modificado por la Resolución CREG 105 de 2015, destacando que conforme al parágrafo 6 el factor α sería igual a 0 y el factor β podía ser negociado definiendo un valor entre 1 y 0. Así mismo manifiesta que en los contratos en cuestión los dos factores tienen un valor igual a 0 por lo que la fórmula de actualización resultante de la expresión matemática resultante solo tiene un efecto inflacionario, es decir, solo permite actualizar el valor del dinero en el tiempo.

FJ

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

Sobre el particular manifiesta Ecopetrol:

"Vale la pena anotar que al definir el valor del factor alfa (α) como cero (0) no existe ningún efecto del mercado local en el indexador. Por tanto, resulta legítimo que en el marco y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 se haya definido un precio diferencial año a año en precios constantes que permitiera capturar la expectativa de precio prevista al momento de la firma de los contratos durante el periodo de vigencia; más aún, cuando era claro que el mecanismo de actualización era el previsto en el artículo 16 y Anexo 4 de la misma Resolución 089 de 2013 (que en ningún aparte disponen expresamente que el precio se fija sólo para el primer año de ejecución del contrato) y el mismo documento soporte de la Resolución 105 (CREG-055) que modificó estos artículos, dejó explícito en relación con el mercado de gas natural, que para finales del 2017 e inicios del 2018 podría presentarse déficit de suministro de gas natural".

1.2 Explicación de la definición de las variables para la aplicación del mecanismo de actualización en contratos GAS [REDACTED]

Tomando como base la ecuación resultante de reemplazar los valores α y β por 0, Ecopetrol en el recurso hace una descripción de la aplicación de la fórmula de actualización, sin explicar cuál es el alcance u objetivo de tal desarrollo o cómo este sustenta lo solicitado en el recurso.

2. Definición del precio para el año a₁ conforme a las Resoluciones CREG 089 de 2013 y 105 de 2015:

Después de transcribir varios apartes de la Resolución CREG 071 de 2018 en los cuales se presentan las conclusiones de los análisis hechos y la parte resolutiva contenida en el artículo 1, Ecopetrol plantea:

"2.1 Los precios de los contratos fueron pactados conforme a lo que la regulación permitía realizar:

... no encontramos evidencia en la regulación en relación con las afirmaciones de la CREG según las cuales (i) el precio debe ser único, (ii) la actualización del precio se realiza, necesariamente, conforme al precio fijado para el primer año, (iii) la regulación prohíbe la posibilidad de pactar precios diferentes para cada año y en ese sentido presentamos nuestras consideraciones seguidamente.

2.1.1. Conforme a la regulación hay posibilidad de pactar pluralidad de precios en los contratos:

Considera Ecopetrol que la Resolución CREG 089 de 2013 "... claramente señala en el artículo 16 la posibilidad de fijar varios precios o al menos habla de precios en sentido plural ... la norma, hace referencia a **los precios pactados** y por tanto, en el contexto gramatical se entiende que la clase singular es un elemento, y el plural, en cambio, se distingue por la presencia de más de un elemento".

Prosigue la empresa afirmando:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

"... si la CREG pretendía limitar la posibilidad de establecer más de un precio en el contrato, ¿Por qué se refiere en la regulación a 'los precios' en plural? Y si esa era su intención ¿por qué no lo dispuso de manera clara, explícita y obvio, singular en la norma?"

"... de la lectura de la norma no se puede concluir que la regulación prohibió la posibilidad de establecer más de un precio en los contratos teniendo en cuenta que precisamente la misma CREG incorporó la posibilidad de determinar más de un precio al haberlo dispuesto de manera plural en la norma".

(...)

2.2.2 Cómo se realiza la definición del precio para el año a_1 ".

Después de transcribir la definición de la variable a_i del Anexo 4 antes mencionado Ecopetrol manifiesta:

"De lo resaltado en el párrafo anterior, en nuestro entendimiento, la CREG define como punto de partida para el cálculo de la actualización, a_1 , el correspondiente al primer año, lo que en nuestro entender se utiliza como punto de referencia de partida, pero lo cual no significa que siempre a_i corresponde al primer año de vigencia del contrato. Es decir, la CREG para facilitar el entendimiento de la fórmula da un referente como guía al destinatario de la norma señalando que a_i corresponde al primer año del contrato y sucesivamente se va incrementando.

Así las cosas, en las condiciones para negociaciones directas, y que será el que ACUERDEN LAS PARTES, la Resolución no puntualiza en que dicha condición de precio, debe ser aplicable UNICAMENTE para o desde el primer año de ejecución de un contrato de largo plazo. Se trata en consecuencia del precio usado para ejecutar el contrato durante el período anterior, el cual, como coincide con el artículo 29 de la Resolución CREG 089 de 2013, se puede fijar en ejercicio de la autonomía contractual y por tanto, puede ser diferente para cada año de vigencia del contrato, esto es de cada 1 de diciembre a un 30 de noviembre.

En relación con lo anterior, ni el Artículo 29 (Condición de precio), ni el Artículo 16 (Actualización de precios) modificado por la Resolución CREG 105 de 2015, ni el Anexo 4 (Actualización de precios) especifican que: (i) las partes solo tienen libertad para fijar el precio para el primer año de ejecución del contrato, y (ii) el precio para el año a_1 deba ser único; por tanto, al no estar restringido expresamente por la norma, deja abierta la posibilidad de fijar precios diferentes durante cada vigencia del contrato". (sic)

3. El precio pactado en el contrato es acorde a lo dispuesto en la regulación

En este aparte de su documento Ecopetrol afirma que en tanto que la regulación no lo prohibió expresamente, para cada periodo "... se definió un precio constante a_1 que requiere una actualización del valor del dinero en el tiempo de acuerdo a lo señalado en el artículo 16 de la Resolución CREG 089 de 2013".

Posteriormente señala:

"Al respecto, es importante reiterar que los contratos son una manifestación de la libertad de las personas, la autonomía de la voluntad es la mayor fuente creadora

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

de normas en la relación contractual entre particulares; ésta le permite a los individuos, no solo celebrar los contratos que deseen, aquellos que juzguen útiles o que simplemente pretendan, sino escoger con quién contrata, el tipo de contrato que mejor se adapte a la naturaleza de la obligación, determinar el precio, pudiendo construir su contenido con todas las cláusulas que considere necesarias para lograr su cometido o incluso en virtud del principio de disposición privada, aceptar las cláusulas, que limiten incluso los derechos de cualquiera de las partes, siempre que no prohibido por la norma, o no esté expresamente prohibida la renuncia, en virtud de lo señalado en el artículo 15 del Código Civil Colombiano...". (sic)

Así mismo, al referirse a lo señalado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual el contrato es ley para las partes, concluye Ecopetrol que además de la fuerza vinculante que se deriva de la disposición, se permite a las partes establecer cláusulas de terminación unilateral que facultan a dar por terminado el contrato en caso de incumplimiento.

4. Consideraciones adicionales

Ecopetrol cita en este aparte un aparte del documento *Análisis Económico de los Mecanismos de Negociación Directa y Úselo o Véndalo* (Quantil) y afirma que tal referencia permite soportar el porqué de las tablas de precios acordadas en los contratos, "... donde para ambas partes se minimiza y/o elimina la incertidumbre en sus transacciones o flujos futuros".

Además, señala:

"También se debe tener en cuenta las consideraciones previstas en los análisis realizados por la CREG y otros estudios que definieron las bases para reglamentar los aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural, consistentes en la inconveniencia de regular el precio de boca de pozo para los productores-comercializadores, situación que el mismo regulador no ve viable y que con la decisión contenida en la Resolución CREG 071 de 2018 se estaría evidenciando su injerencia directa en la definición de los precios de venta, siendo estos acordados de manera bilateral y libre entre los agentes vendedores y compradores de gas natural por disposición regulatoria".

5. La interpretación de una norma que presenta vacíos o que no es clara no puede ser interpretada por su intérprete de manera desfavorable al administrado.

En este aparte de su documento después de referirse al artículo 334 de la Constitución Nacional, a la Ley 142 de 1994, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el alcance de la función regulatoria en relación con la interpretación de las leyes y al artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la empresa concluye:

"Con fundamento en lo expuesto y basándonos en la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo que hemos referido, debe afirmarse que en el evento en que la normatividad presente vacíos o no sea clara, no le es viable a la CREG entrar a suplir dicha falencia so pretexto de interpretar las normas de su sector.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

Se debe ser enfáticos que en el evento en que existan diferentes interpretaciones a la hora de aplicar disposiciones normativas que puedan implicar un impacto negativo, dentro de las cuales encontramos las normas de carácter regulatorio y sus eventuales consecuencias claro está, hay tener en cuenta aquella que configure o devenga en condiciones más beneficiosas a los Administrados, en este caso, los sujetos pasivos de la regulación, más específicamente los agentes del mercado de Gas en aras de asegurar un mercado sano y financieramente viable". (sic)

En el aparte 6 de su documento Ecopetrol afirma que "Nuestro ordenamiento jurídico contempla, un principio según el cual '**El error exento de culpa crea derechos**', es decir, que el derecho contempla eventos en los que, aún actuando bajo una convicción errada, pero de buena fe, a dicha actuación se le reconoce su nacimiento a la vida jurídica y se le intentan dar las mismas características de un hecho común y corriente".

Sustenta su afirmación citando una sentencia de la Corte Constitucional y después de manifestar que Ecopetrol y la CREG tienen diferentes entendimientos sobre la aplicación del Anexo de la Resolución 089 de 2013 indica que "... la aplicación de la Resolución 105 de 2015 se dio dentro de los criterios de buena fe y en consecuencia los derechos adquiridos en virtud de ella, a pesar de ser generados en un entendimiento erróneo en la regulación, no podrán ser desconocidos posteriormente por el mismo ente regulador".

Adicionalmente en esta parte de su escrito la empresa se refiere al principio de la confianza legítima y su alcance para señalar que:

"Ecopetrol suscribió los contratos GAS-_____ en el marco de la libertad otorgada por la Comisión en el artículo 29 de la Resolución 089 de 2013, entendimiento que era razonable teniendo en cuenta que en la regulación se encuentran diferentes apartes que indicaban la posibilidad de pactar varios precios y nunca se habló de un único precio.

Ahora bien, la CREG en la Resolución CREG 071 de 2018 plantea un entendimiento de la aplicación de la norma de precios y de la actualización de los mismos, interpretación que no había sido expuesta con anterioridad motivo por el cual no le era posible a ECOPETROL aplicar un entendimiento de la norma que el regulador hasta ahora exterioriza.

... no puede pretenderse la aplicación retroactiva de tal decisión, con los impactos económicos que puede tener una decisión en este sentido, ya que como hemos expuesto no puede demostrarse por la Comisión una intención de ECOPETROL de faltar a lo dispuesto en la norma, sino que por el contrario se estaba dando una aplicación a lo establecido en la norma tal y como ha sido demostrado en los numerales anteriores". (sic)

Finalmente concluye la empresa en su escrito:

"5.1 Alcanos y Ecopetrol pactaron los precios para cada año de vigencia de los contratos _____ conforme a la libertad otorgada por la Comisión en el artículo 29 de la Resolución CREG 089 de 2013 y en este sentido fue posible establecer un precio aplicable para cada año de vigencia del contrato con la actualización establecida en el artículo 16.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

- 5.2 *Al ser contratos suscritos después del 21 de julio de 2015 se aplicaron las ecuaciones de actualización descritas en el numeral 2 del Anexo 4 que bajo ninguna condición incluyen en la práctica un factor de mercado.*
- 5.3 *En el Anexo 4 no se encontró la definición de un precio único para el año al como lo sugiere la Comisión.*
- 5.4 *La Resolución no define en su parte resolutoria ni en sus anexos que los vendedores y compradores a los que hacen referencia los artículos 17 y 18 de la Resolución CREG 089 de 2013 deben negociar un único precio al aplicar los mecanismos de comercialización descritos en el artículo 25 de la misma resolución.*
- 5.5 *La aplicación matemática de las fórmulas de actualización de precio no evidencian que se deba pactar un único precio para el primer año de vigencia que permita definir los precios de los años siguientes, quedando limitada la libertad de las partes, sólo a la negociación del primer año de ejecución del contrato".*

3 Análisis y conclusiones de la CREG

Sobre la actualización del precio

En la primera parte de su escrito, Ecopetrol expone sus consideraciones sobre el mecanismo de actualización de precios y cómo entiende que este aplica y señala que de lo allí definido no resulta evidente lo señalado en la resolución recurrida en el sentido de que las partes sólo debían pactar un precio para el primer año de suministro y con base en él calcular el precio de los años siguientes.

Al respecto, se reitera que la comercialización de gas es una actividad regulada y que sus condiciones al momento de celebración de los contratos se encontraban prescritas en la Resolución CREG 089 de 2013. En el artículo 21 del Capítulo IV se determina expresamente que en el mercado primario el gas solo se puede comercializar conforme a los mecanismos definidos en la misma resolución. Más adelante la norma indica en qué casos el mecanismo será la negociación directa y el artículo 26 indica los tipos de contratos que se pueden negociar bajo esta modalidad y determina que éstos sólo podrán tener duración de 1, 5 o más de cinco años.

Por su parte el artículo 29 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.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

"Los descuentos se considerarán como una modificación al precio inicial del contrato".

En cuanto a la actualización el artículo 16 de la resolución define que los precios de los contratos de suministro sólo se pueden actualizar anualmente mediante las ecuaciones definidas en el Anexo 4 de la resolución. El anexo 4 fue modificado por la Resolución CREG 105 de 2015.

La lectura integral y sistemática de la resolución permite concluir con claridad que solo hay lugar a definir, libremente, el precio del primer año: La fórmula de actualización indica claramente cómo los precios se obtienen tomando como base única el precio del primer año, como se explica en el siguiente aparte de este análisis.

Por otra parte, aunque la regulación definió α en 0, fueron las partes del contrato quienes definieron β en 0 y por tanto fueron ellas quienes limitaron el alcance de la fórmula de actualización únicamente al efecto inflacionario.

La fórmula, tal y como ésta definida en la regulación, si refleja variaciones de mercado: si bien el factor alfa que es el que pondera el factor de actualización de precios del mercado interno se definió regulatoriamente en 0, el factor β que pondera el factor de actualización de precios exógenos al mercado de gas natural podía ser definido por las partes entre 0 y 1. Es decir, la actualización prevista en la regulación sí contiene un referenciamiento de mercado que está basado en el WTI el cual el regulador consideró como un marcador adecuado para reflejar el mercado energético de hidrocarburos.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la regulación es obligatoria y no es potestativo de las partes de un contrato omitir su cumplimiento solo por considerar que lo ordenado en ella es insuficiente o inadecuado. Contrario a lo que afirma Ecopetrol, la supuesta ausencia de un referente de mercado bajo ningún criterio justificaría o legitimaría el que las partes pactaran en los contratos condiciones diferentes a las que la regulación define porque, como ya se dijo, estas son obligatorias.

Adicionalmente, si se consideraba que era necesario incorporar las expectativas de lo que ocurriría con el mercado local, estas se podían reflejar en la definición del precio pactado libremente por las partes, que como se ha dicho conforme a la regulación es el que aplica para el primer año del contrato, con base en el cual se determinan los precios de los años siguientes, mediante la aplicación de la fórmula de actualización.

Sobre la definición del precio

Ecopetrol afirma categóricamente que como la resolución en el artículo 16 habla de "los precios pactados" se entiende que hay posibilidad de pactar una pluralidad de precios, porque si lo que la regulación quería era limitar la posibilidad de que hubiera más de un precio debía haberlo dispuesto "... de manera clara, explícita y obvio, singular en la norma".

El artículo 16 referido señala:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

"Los precios pactados en los contratos de suministro bajo las modalidades firme, de firmeza condicionada y de opción de compra, sólo se actualizarán anualmente con base en las ecuaciones establecidas en el Anexo 4". (Hemos subrayado)

Al respecto se observa que el artículo habla en plural de precios y utiliza el plural de contratos. Es natural entonces que si se está haciendo referencia general a un número plural de contratos se hable también de un número plural de precios y de ello de ninguna forma puede entenderse que es una autorización de la regulación a pactar varios precios.

Además, se destaca que en el artículo 29 donde se establecen las reglas para la definición del precio se utiliza esta palabra en singular en varios de sus apartes. Específicamente en el numeral 2, que es el que aplica a los contratos sujetos de esta solución de conflicto, se señala: *"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".* (Hemos subrayado y destacado). Como se observa, el artículo específico donde se determina en la regulación lo referente a la contraprestación que recibirá el vendedor, que es en la que se señala que esta será acordada por las partes, está escrita en singular, lo cual es omitido por Ecopetrol en su análisis y contradice claramente la conclusión que presenta en el respectivo aparte de su escrito.

Por otra parte, la expresión plural "precios" del artículo 16 no puede tomarse en forma aislada para concluir que con ella se está previendo la posibilidad de que se pacten varios precios en un contrato, como lo pretende Ecopetrol. La regla debe aplicarse y entenderse dentro de todo el contexto de las reglas que contiene la resolución de acuerdo con la cuales es posible la definición de un precio en el contrato el cual se actualiza año a año para determinar los precios de los siguientes años.

En el numeral 2.2.2 la empresa afirma que *"De lo resaltado en el párrafo anterior, en nuestro entendimiento, la CREG define como punto de partida para el cálculo de la actualización, a_i el correspondiente al primer año, lo que en nuestro entender se utiliza como punto de referencia de partida, pero lo cual no significa que siempre a_i corresponde al primer año de vigencia del contrato. Es decir, la CREG para facilitar el entendimiento de la fórmula da un referente como guía al destinatario de la norma serialando que a_i corresponde al primer año del contrato y sucesivamente se va incrementando".*

Cuando la regulación define una fórmula y sus variables y establece que un determinado cálculo se hace haciendo uso de ellas, estas son obligatorias y no se pueden interpretar que constituye una simple guía de referencia o que es opcional su aplicación.

El anexo 4 señala que los precios pactados en los contratos se deben actualizar al inicio de cada año a_i y define esta variable como el *"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_i el primer año de vigencia del contrato objeto de actualización de precios".* (Hemos subrayado y destacado)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

La fórmula construye el precio que se aplicará para un año determinado tomando siempre como base el precio del año anterior, así: $P_{T_f,d,ai} = P_{T_f,d,at-1}$ multiplicado por un factor de actualización. Como se acaba de mostrar, la fórmula es clara y explícita al definir expresamente que a_i corresponderá al primer año de vigencia del contrato. Es decir que para el año 2 el precio se construye con base en el precio del año 1, para el año tres con base en el precio del año 2, que se basó en el del año 1 y así hasta completar los cinco años de vigencia del contrato.

En el aparte 3 del escrito de reposición se alega que el precio se pactó acorde a lo dispuesto en la regulación ya que en los contratos se definió un precio constante a_i que requiere una actualización del valor del dinero en el tiempo y que en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes de un contrato estas podrán escoger las cláusulas que consideren necesarias “siempre que no prohibido por la norma”. (sic)

Al respecto se reitera que la comercialización de gas es una actividad regulada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, conforme a las competencias que le han sido asignadas por la Ley 142 de 1994. La sujeción a la regulación se fundamenta en que la prestación del servicio de gas es un servicio público esencial en el cual la intervención del Estado mediante la regulación se constituye en una herramienta fundamental para cumplir con los postulados del Estado Social de Derecho, especialmente con la satisfacción de las necesidades básicas de la población y el libre ejercicio de la actividad económica. Expresamente señala el artículo 3 de la Ley 142 de 1994:

“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, y a las contribuciones para aquellas y esta.”

Sobre el particular dijo el Consejo de Estado, sección primera, en sentencia de abril de 2009, expediente 00123, Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, al pronunciarse sobre la legalidad de una resolución expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico:

“En un sentido mucho más estricto, la regulación socioeconómica dice relación con aquella intervención que realiza el Estado a través de autoridades específicamente concebidas para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica determinada, tal como acontece por ejemplo con la intervención que realiza el Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la cual responde a ciertos criterios técnicos y a las especificidades inherentes a su prestación y a su propia dinámica. 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.”

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

(...)

Así las cosas, cuando el sector privado asume el papel de prestador de servicios públicos domiciliarios, debe someterse a la regulación estatal, sin perder de vista que el interés general se encuentra estrechamente ligado a la manera como se dé cumplimiento a dicha actividad". (Hemos subrayado)

Es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en el sentido de que la libertad en el ejercicio de quienes desarrollan una actividad de la prestación de los servicios públicos domiciliarios está limitada para que se pueda garantizar el cumplimiento de los postulados del Estado Social de Derecho y que podrá ser regulada con este objetivo previniendo los abusos de posición dominante y promoviendo la libre competencia, entre otros criterios.

Precisamente con estos fines el regulador expidió la Resolución CREG 089 de 2013 definiendo, como ya se dijo, las condiciones para la comercialización del mercado de gas. Entre estas condiciones se encuentran los mecanismos de formación de los precios del gas, que son los precios que se incluyen en los contratos, y el mecanismo de actualización que, se reitera, es de obligatorio cumplimiento para las partes de los contratos y no puede omitirse o ajustarse con fundamento en el principio de libertad contractual.

Sobre las otras consideraciones:

Se afirma por parte de Ecopetrol que lo definido en la Resolución CREG 071 de 2018 contraviene lo definido por el mismo regulador en el sentido de no regular el precio en boca de pozo, pero no es claro cómo o por qué tal afirmación es cierta o de qué forma sustenta la posición de Ecopetrol respecto de la decisión tomada en la resolución. Al respecto bastará reiterar que la norma vigente al momento de celebración de los contratos estableció la libertad de las partes para negociar el precio para el primer año de vigencia del contrato del contrato, P_{T_f,d,a_1} , el cual se actualiza para los siguientes años de vigencia del contrato con base en las fórmulas de actualización establecidas por la regulación. Como se dijo anteriormente, en dicho precio las partes podían incorporar todos los elementos que consideraran no incluidos en los índices definidos en la fórmula de actualización establecida en la regulación.

Sobre la interpretación de la norma

En el recurso se plantea que cuando la norma tiene un vacío o que no es clara no se puede interpretar en forma desfavorable al administrado.

Contrario a lo afirmado las disposiciones de la Resolución 089 de 2013 no tienen vacíos y son claras si se hace una lectura sistemática de la misma, como ya se explicó. La Resolución 071 de 2018 no está ni completando ni modificando lo señalado en la Resolución 089 y se limita a señalar lo que ya está definido en esta última tomando en consideración todas las disposiciones relevantes y no solo apartes aislados según convenga, como si lo pretende el recurso. Así las cosas, no se puede alegar que se está llenando un vacío con una interpretación que es contraria a los intereses del administrado.



Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

En cualquier caso, se destaca que la resolución recurrida se expidió en ejercicio de la función de solución de conflictos del artículo 78.8 de la Ley 142 de 1994. Dado que el ejercicio de esta función conlleva la solución de un conflicto relacionado con un contrato, necesariamente "el administrado" al que se refiere el recurso lo componen dos partes, las dos partes del contrato que para efectos del conflicto tienen intereses diferentes y encontrados. En consecuencia, al resolver el conflicto la decisión será desfavorable a una de las partes, como en este caso, o en ocasiones a las dos.

Sobre el rol que tiene la regulación en la función de la solución de conflictos dijo el Consejo de Estado²:

"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."

Lo anterior permite comprender la razón por la cual el vocablo 'regulación' que como ya se dijo se encuentra estrechamente asociado a la idea de producción normativa, significa también, desde esta otra perspectiva y en forma adicional, 'Ajustar, reglar o poner en orden algo' y 'Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines', lo cual concuerda precisamente con el propósito consignado en el artículo 365 de la Carta, en el sentido de lograr el cumplimiento de los fines sociales del Estado a través de la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional. Al socaire de tales postulados la regulación de los servicios públicos por parte de las Comisiones de Regulación, se erige entonces en un mecanismo orientado a optimizar la prestación eficiente de los servicios públicos y a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad.

En ese contexto, el Estado, además del papel que debe cumplir como prestador directo de servicios públicos, también está llamado a asumir el múltiple rol de 'promotor', 'árbitro' y 'contralor' de la competencia, buscando garantizar con su intervención la eficiencia, la universalidad, la continuidad y la calidad de los servicios. Así las cosas, cuando el sector privado asume el papel de prestador de servicios públicos domiciliarios, debe someterse a la regulación estatal, sin perder de vista que el interés general se encuentra estrechamente ligado a la manera como se de cumplimiento a dicha actividad.

Como bien se puede apreciar, bajo esta perspectiva el vocablo 'regulación' adquiere entonces una connotación mucho más dilatada y omnicomprensiva que desborda el mero concepto de 'producción normativa', para abarcar o comprender también, con mayor amplitud, la intervención orientada a corregir

² Sección primera, Sentencia de abril de 2009, expediente 00123, Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

las 'fallas del mercado', categoría de la cual forman parte los actos de competencia desleal, las prácticas restrictivas de la libre concurrencia, los abusos de la posición dominante y el establecimiento de monopolios".

Afirma también el recurrente que con fundamento en las sentencias que se citan en él "... debe afirmarse que en el evento en que la normatividad presente vacíos o no sea clara, no le es viable a la CREG entrar a suplir dicha falencia so pretexto de interpretar las normas del sector".

Sobre esta afirmación basta precisar que es cierto que la jurisprudencia ha dicho que no le está dado al regulador llenar los vacíos que pueda tener la **LEY**. Pero resulta absurdo afirmar que el regulador no puede interpretar, modificar o complementar su propia regulación. El ejercicio de la función regulatoria es permanente y debe responder a la dinámica de las actividades que regula, o anticiparse a ella cuando sea posible, por lo que es propio de su naturaleza el complementar, modificar, eliminar o aclarar sus propias regulaciones.

Sin embargo, lo anterior no es relevante para efectos del recurso que se resuelve en este caso porque, como ya se ha dicho, la Resolución CREG 071 de 2018 no completa ni modifica lo señalado en la Resolución 089 y se limita a señalar lo que ya está definido en esta última tomando en consideración todas las disposiciones relevantes que se encontraban definidas en la regulación vigente al momento de celebración de los contratos. La Resolución CREG 071 de 2018 no complementó ni llenó vacíos como pretende indicar Ecopetrol.

Sobre el error que crea derechos

El recurso elabora sobre el postulado según el cual el error crea derechos y afirma que en tanto que la regulación no era clara y la empresa tiene un entendimiento diferente al de la CREG "... la aplicación de la Resolución CREG 105 de 2015 se dio dentro de los criterios de la buena fe y en consecuencia los derechos adquiridos en virtud de ella, a pesar de ser generados en un entendimiento erróneo en la regulación, no podrán ser desconocidos posteriormente por el mismo ente regulador". En relación con esto la empresa también se refiere a la confianza legítima y manifiesta que "... teniendo en cuenta que en la regulación se encuentran diferentes apartes que indicaban la posibilidad de pactar varios precios y nunca se habló de un único precio".

Al respecto, se observa que la Resolución CREG 071 de 2018 no se pronuncia sobre las situaciones jurídicas que se hayan configurado o no para las partes como consecuencia del contrato. Como se puede ver expresamente en la parte resolutiva de la resolución esta se limita a resolver el conflicto que le fue planteado conforme a lo definido en la regulación vigente señalando cuáles eran las reglas aplicables a los contratos celebrados. La resolución recurrida no modifica los contratos GAS [REDACTED] no modifica las prestaciones que se derivan de ellos para las partes, ni ninguna otra condición que exista entre estas, de tal forma que la referencia al error común como fuente de derecho y a la confianza legítima resulta irrelevante para efectos de resolver el recurso.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Ecopetrol S.A. contra la Resolución CREG 071 de 2018

Por último y en referencia a la irretroactividad de las disposiciones de la Resolución CREG 071 de 2018 bastará señalar, una vez más que en ella no se está definiendo una nueva regla o modificando una existente, sino que se resuelve el conflicto suscitado entre Alcanos y Ecopetrol con base en lo definido en la regulación vigente al momento de la celebración de los contratos.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su Sesión 886 del 2 de noviembre de 2018, acordó expedir esta resolución.

R E S U E L V E :

Artículo 1. No reponer la decisión contenida en la Resolución CREG 071 de 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*”.

Artículo 2. Notificar a las partes el contenido de esta resolución y hacerles saber que contra lo dispuesto en este acto no procede recurso.

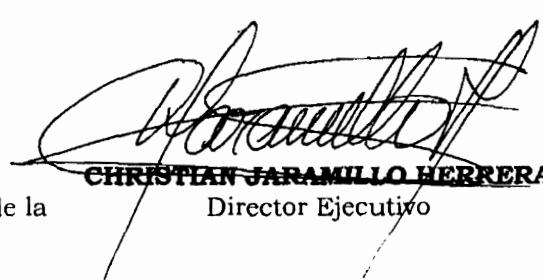
NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C.,

02 NOV. 2018


DIEGO MESA PUYO

Viceministro de Energía, delegado de la
Ministra de Minas y Energía
Presidente


CHRISTIAN JARAMILLO HERRERA

Director Ejecutivo