



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 055 DE 2007

(21 JUN. 2007)

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes.

Mediante la Resolución CREG-023 de 2000, la Comisión expidió normas sobre la comercialización de gas natural por parte de productores- comercializadores y comercializadores, con las cuales reguló, entre otros aspectos, los tipos de contrato y el procedimiento para su celebración cuando los compradores son empresas distribuidoras que atienden a los usuarios regulados.

Posteriormente, a través de la Resolución CREG-070 de 2006, la Comisión después de realizar un diagnóstico de la contratación de suministro de gas en el país, derogó varias normas de la resolución 023 de 2000, redefinió los tipos de contratación, y estableció, en su artículo 6, que *“los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme, deberán ser respaldados físicamente. Este respaldo implica que el vendedor en la fecha de la suscripción del contrato deberá disponer de las reservas y la capacidad de producción suficientes para cumplir el contrato, e identificar el campo de donde proviene el gas, de tal manera que las cantidades contratadas puedan ser exigibles en cualquier momento”*.

Recientemente, habiéndose determinado que pueden presentarse dificultades para atender las solicitudes de suministro en firme de gas respaldadas con reservas y la capacidad de producción, y que los comercializadores que atienden demanda regulada están obligados a tener contratos que garanticen la continuidad del servicio, mediante la resolución CREG-114 de 2006, se decidió flexibilizar las exigencias impuestas mediante el artículo 6 de la Resolución CREG-070 de 1998.

Específicamente, mediante la Resolución CREG-114 de 2006 la CREG estableció que *“desde la vigencia de la presente Resolución hasta que la*

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

capacidad de producción sea suficiente para respaldar físicamente la totalidad de los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme, no será necesario disponer del respaldo físico establecido en el Artículo 6 de la Resolución CREG 070 de 2006 o aquellas que lo sustituyan, modifiquen o complementen, siempre y cuando los contratos que se suscriban tengan por objeto la atención de usuarios regulados"; estableció las reglas para verificar el respaldo físico, y normas adicionales sobre suministro de información sobre capacidad de producción y cantidades contratadas.

2. La solicitud de revocatoria.

2.1. Objeto y fundamento

Con comunicación suscrita por su Director Ejecutivo, la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica, ACOLGEN, solicitó la revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006, en su totalidad.

La solicitud se fundamenta en los numerales 2 y 3 del Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, porque considera que existen falencias, debilidades e inequidades en las medidas regulatorias adoptadas mediante dicha resolución que, en su opinión, *"vulneran el marco constitucional y legal que sustenta la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios"* y posiblemente desconoce *"los principios que rigen la contratación en el sistema legal colombiano, así como de algunos principios esenciales que sustentan nuestro régimen jurídico, tales como el de la irretroactividad de la ley y el de la confianza legítima"*.

2.2. Razones que sustentan la solicitud

En primer lugar, expone como antecedentes, que los generadores han advertido *"sobre la problemática del gas y, en particular, sobre las limitaciones de suministro y capacidad de transporte para atender la demanda de los generadores térmicos"*; y que *"sólo en el año 2005 se puso en evidencia la existencia de problemas de producción y transporte de gas"*, como consecuencia de lo cual se expidió la Resolución CREG-070 de 2006 que exigió a los productores de gas respaldar sus compromisos con reservas y capacidad de producción, pero que posteriormente expidió la resolución 114 de 2006, que permite la contratación de gas por parte de los productores de este energético, *"sin garantizar la capacidad de producción o disponer de reservas suficientes, cuando se trate de solicitudes para atender demanda regulada"*.

A continuación expone las razones jurídicas y de conveniencia para sustentar la solicitud de revocatoria, que se resumen enseguida.

2.2.1 Razones jurídicas.

Entre las razones de orden jurídico, argumenta violación de normas superiores; falsa motivación; desconocimiento de la existencia de monopolio en el sector de gas y de los principios de *"garantizar la oferta energética eficiente"*, de la irretroactividad de la ley y de la confianza legítima; y acusa el acto impugnado de no definir *"el período durante el cual se aplicará la medida transitoria"*.

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

- a) *Vulneración de normas superiores. (Artículos 365 de la Constitución Política; 2 de la Ley 142 de 1994 y 1602 del Código Civil).*

Afirma que la resolución impugnada viola el artículo 365 de la Constitución Política, porque *“la liberación de la venta de gas sin que exista realmente el recurso” “...hace que en un momento de crisis energética de gas, como el que ahora estamos viviendo, genere un alto riesgo de racionamiento del servicio, ya que es factible que la sobreventa de gas respecto de la capacidad real de los productores del mismo, haga que el mercado se amplíe y llegue un momento en que las posibilidades de prestación del servicio sean absolutamente nulas, situación que no solamente afectaría a la industria de generación eléctrica, sino a las demás industrias y al usuario final”, lo cual, según afirma, no garantiza la prestación eficiente que exige dicha norma constitucional. (Se destaca).*

En su opinión, la resolución impugnada también viola el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, porque *“no garantiza en ningún momento la prestación continua e ininterrumpida del servicio, ya que aumenta el riesgo de ocasionar un racionamiento de gas al permitir que se venda de manera libre un gas que no existe, puesto que no se puede respaldar físicamente”, deja al usuario “indefenso a la voluntad del productor de gas, quien no tendría que acometer nuevas inversiones, ya que puede vender su producto, sin que existan reservas suficientes de gas”, cuando en su opinión, “lo que exige la Ley es que se proteja al individuo de abusos respecto de la prestación del servicio, entre ellos la no prestación de manera eficiente por la inexistencia del recurso mediante el cual se presta”. (Se destaca).*

En cuanto al artículo 1602 del Código Civil, que, en su opinión, sustenta la obligación de cumplir con los contratos debidamente celebrados, la violación resultaría porque la resolución CREG-114 de 2006 *“permite que el productor comercializador se sobre contrate, y, peor aún, pueda vender el gas dos veces a diferentes compradores”, con lo cual “se configuraría un incumplimiento contractual por violación de las obligaciones previamente contraídas por el vendedor frente al comprador de su producto. Aquél podría, en virtud de la disposición regulatoria, excusarse de la entrega del gas a la cual está obligado en razón del contrato previamente celebrado. Se olvida que la responsabilidad surge de la celebración de un contrato, que impone obligaciones a cada una de las partes intervinientes, las cuales deben ser cumplidas en los términos y condiciones pactadas”. (Se destaca).*

En conclusión, afirma que *“La medida tomada en la resolución CREG 114 faculta al quebrantamiento de tales condiciones por parte de uno de los contratantes, lo cual configura un claro desconocimiento del principio aludido, y, consecuentemente, la causación de perjuicios a la otra parte, que deben ser indemnizados”.*

- b) *Falsa motivación.*

Afirma que en el acto impugnado no aparecen explícitas las *“razones de interés general que subyacen en la justificación para la expedición del acto en comento”, y que la eventual existencia de “dificultades para atender comercialmente las solicitudes de suministro en firme”, en su opinión, “no se enmarca dentro de la finalidad de interés general que debe justificar la medida tomada”, porque estas*

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

razones de carácter puramente comercial, se desconoce la finalidad de interés general que sustenta cualquier medida de intervención económica en el campo de los servicios públicos, en los términos del artículo 334 de la Constitución Política, y tampoco habilitan al regulador "para limitar o restringir la actividad contractual en relación con la compra y suministro del gas por parte de los agentes Interesados en sus transacciones, tal como ocurre con los generadores térmicos".

Agrega que "si, por principio, los riesgos de la actividad económica deben ser asumidos por el agente económico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política, la inquietud que se plantea es si dicha medida excepcional puede orientarse a preservar intereses distintos al interés general, que es la piedra angular que sustenta las medidas de intervención económica, tal como se hace en la multicitada resolución 114. Si lo anterior es cierto, se habrá creado un precedente que vulnera el ejercicio de la actividad económica en un escenario de libre competencia, tal como se definió para el mercado de los servicios públicos domiciliarios desde la Constitución misma, y que se desarrolló en las Leyes 142 y 143 de 1994".

Señala que la intervención que se hace a través de la regulación no puede tener por finalidad, "...preservar situaciones que puedan configurar el abuso de una posición dominante, como ocurre en la actividad de producción de gas, y, menos, para permitir prácticas que puedan restringir la libertad económica, tal como ocurre con las medidas adoptadas en relación con la facultad que se reconoce al productor de gas en cuanto queda habilitado para vender dos veces su producción a compradores diferentes, y celebrar contratos sin tener el producto que ofrece suministrar".

c) *Desconocimiento de la existencia del monopolio en el sector de gas.*

En opinión de ACOLGEN, con el acto impugnado "se consolida la posición dominante de los productores comercializadores de gas en el mercado, y se les concede una amplia facultad, que puede tomarse abusiva, para la celebración de los contratos de suministro, en la que el comprador debe someterse a las condiciones contractuales que sean definidas por aquellos, sin que exista la posibilidad de negociación", y la libertad contractual regulada en el artículo 5o. de la resolución CREG 070 de 2006 desaparece en virtud de la multicitada resolución 114, "para dar paso a la imposición de condiciones contractuales por una sola de las partes, que ostenta una posición dominante en el mercado, tal como lo ha reconocido la misma autoridad regulatoria en diversas intervenciones públicas".

d) *Desconocimiento del principio "de garantizar la oferta energética eficiente".*

Según la solicitud, "cuando se permite que los productores comercializadores de gas sobre contraten su suministro, y, aún más, vendan dos veces el mismo producto, la oferta no se garantiza. Por el contrario, la demanda se coloca en una situación de vulnerabilidad y de verdadera incapacidad para satisfacer sus requerimientos, con lo cual, se desconoce el precepto constitucional que obliga al Estado a garantizar el suministro de los servicios públicos en condiciones de eficiencia y de seguridad energética". (Se destaca)

e) *Desconocimiento del principio de irretroactividad de la ley.*

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

La solicitud dirige este cargo contra el artículo 2 del acto impugnado, para concluir que, por la forma como está definido el factor C de la fórmula que establece, se refiere a la capacidad de producción de un Productor - Comercializador en un campo determinado y su parágrafo, *"pareciera que ella cubija a los contratos que fueron celebrados con anterioridad a la vigencia de la resolución 114, y que se encuentren en ejecución, con lo cual se desconoce el principio de irretroactividad de la ley"*.

- f) *Desconocimiento del principio de la confianza legítima en la regulación del cargo por confiabilidad.*

En opinión de la solicitante, tal desconocimiento se produciría por el hecho de haber dejado *"a los generadores térmicos con la obligación"* de asegurar el suministro de combustible para tener derecho al cargo por confiabilidad, *"mientras liberó a los productores de gas de la suya, al permitirles vender más contratos por encima de su capacidad de producción o de reservas, cuando se trate de contratos para atender la demanda regulada, sin tener en cuenta que con ello le quita total firmeza a los contratos con los generadores térmicos, en razón a que en caso de escasez del gas, éste se entregará en primera instancia a usuarios distintos de los térmicos"*.

Se pregunta *"si el productor - comercializador de gas no está obligado a garantizar la existencia física del producto que se comprometió a entregar al generador térmico, ¿Cómo podría éste garantizar la producción de energía eléctrica cuando deba entregarla en virtud de la asignación de la energía firme, si no existe seguridad alguna en la entrega física del gas al amparo de la medida tomada por la autoridad regulatoria?"*.

- g) *"La resolución CREG 114 no define el período durante el cual se aplicará la medida transitoria"*.

Afirma que *"sin que en parte alguna de la resolución CREG 114 se defina, de manera concreta, el tiempo de duración de las medidas tomadas, las cuales se adoptan con un carácter transitorio. Debe tomarse en cuenta que las medidas de intervención del Estado en la economía tienen un carácter excepcional, y su vigencia, en el caso regulado por la mencionada resolución, es transitoria"*.

2.2.2 Razones de conveniencia.

Según la solicitud, el acto impugnado resulta inconveniente porque *"no busca resolver la causa del problema, por el contrario, la agrava"*; genera una inequidad entre tipos de usuarios de gas; restringe el mercado secundario de gas; genera nuevos riesgos a los generadores por posibles incumplimientos en el suministro de gas; y aumenta el poder de mercado del productor de gas

- a) *"La solución propuesta no busca resolver la causa del problema, por el contrario, la agrava"*.

Aduce la solicitud que si el problema que originó la expedición del acto impugnado está en la oferta, porque la capacidad de producción es inferior a la demanda, *"las medidas que se adopten deberían incentivar el aumento de las facilidades de producción o, en últimas, limitar la atención de solicitudes de*

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

suministro para atender la demanda, para, de esa manera, poder ajustarla a la capacidad de producción existente”.

Que “al permitir a los productores la firma de nuevos compromisos de suministro de gas en firme sin contar con la capacidad de producción, o por lo menos, con el compromiso de adelantar nuevas obras de ampliación del mismo, lo que se está haciendo es aumentar la demanda, manteniendo la misma oferta. Esto lleva a perpetuar e incrementar el desbalance existente, con consecuencias nocivas para los generadores, quienes a pesar de contar con contratos en firme de gas serán desplazados en su entrega por efectos de la aplicación del decreto 1484 de 2005”. (Se destaca).

En opinión de la solicitante, “con esta medida se esté promoviendo la no ampliación de la capacidad de producción de gas, al permitir a los productores hacer uso del gas contratado por los generadores térmicos, para atender la demanda regulada que hoy está descubierta. Este propósito se logra con la formalización de la sobre contratación de gas y la aplicación de la priorización en la entrega de este energético en el decreto 1484 de 2005. Posteriormente, una vez se extingan los contratos de los generadores térmicos, debido a la renuencia de los productores a no suscribir nuevos contratos, con el argumento de que la regulación no les permite adquirir nuevos compromisos”.

Agrega que “si el problema que quiere resolver la CREG es la existencia de compromisos contractuales que no se pueden cumplir por falta de la capacidad de producción por parte de los productores - comercializadores de gas, como consecuencia de haberse sobre contratado, lo que se debería hacer es señalar a los responsables de no haber adelantado las acciones necesarias para el aumento de la producción, estando obligado a ello, además de establecer si ha existido abuso de la posición dominante”.

Finaliza exponiendo que si “la parte contratante que tiene una mejor posición, siempre pretenderá que tales penalizaciones y compensaciones se apliquen en relación con un mínimo número de causas, y que el monto de las mismas sea inferior al real impacto que se causa con incumplimientos de esta naturaleza. Y, por supuesto, dada su posición, terminará imponiendo sus decisiones, las cuales no pueden ser controvertidas, so pena de no contar con el producto”, por lo que no comparte los argumentos expuestos en el numeral 3.2 y 3.6 del Documento 114 de 2006, “en el que concluye que se debe dejar en manos de la negociación bilateral la definición de las compensaciones y multas, con olvido de la posición que ostenta una de las partes que intervienen en la contratación, como se dejó señalado anteriormente”.

b) “Se genera una inequidad entre tipos de usuarios de gas”.

Porque en opinión de la solicitante, la discriminación en el tratamiento que se dará a las solicitudes de suministro de gas entre demanda regulada y no regulada, permitiéndole a esta última la suscripción de contratos de gas sin que se disponga de capacidad de producción adicional, desplaza los contratos de la demanda no regulada por la aplicación del decreto 1484 de 2005, sin compensación económica alguna.

J

5

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

Concluye que *“con esta decisión, se olvida del deber jurídico que tiene el Estado, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política, de dar igual trato a quienes se encuentran en la misma situación, y de tratar de manera distinta a quienes son diferentes. En este caso, las solicitudes de suministro de gas a los agentes que lo requieran, distingue entre demanda regulada y no regulada, y le asigna a unos y otros los efectos señalados en el párrafo anterior, que son distintos para la misma situación fáctica, sin que se advierta una justificación que sustente este tratamiento”*.

c) *“Se restringe el mercado secundario de gas”*.

Porque, afirma la solicitante, *“con la medida adoptada, la demanda regulada preferirá acudir directamente al productor de gas, quien a pesar de estar sobre contratado, le garantizará prioridad en la atención de su demanda por efectos de la aplicación del decreto 1484 de 2005, usando para ello el gas contratado con anterioridad por los generadores térmicos y sin obligación alguna de resarcir los potenciales perjuicios que se generen por el incumplimiento en el suministro contratado”, y por ello la resolución impugnada “lejos de incentivar el mercado secundario, lo que logran es reducirlo y limitarlo”*.

d) *“Se generan nuevos riesgos a los generadores por posibles incumplimientos en el suministro de gas”*.

Porque *“con la expedición de la resolución CREO 070 de 2006, se percibió que el regulador trataba de establecer cierta corresponsabilidad entre los compromisos de obligaciones de energía firme garantizada por los generadores y la obligación de contar con las reservas y capacidad de suministro de los combustibles, por parte de los productores y comercializadores de gas”, e insiste en que “se de una respuesta a la siguiente inquietud hecha por los generadores en los comentarios enviados a la resolución CREG 103: ¿Quién asumirá los perjuicios que se puedan ocasionar a la planta o al sistema eléctrico en este caso?”*.

e) *“Se aumenta el poder de mercado del productor de gas”*.

Porque, *“...la norma propuesta da al productor una amplia patente para seguir firmando contratos de suministro, sin ningún respaldo de reservas o capacidad de producción, y sin que exista obligación alguna de aumentar sus reservas”*.

3. Trámite impartido a la solicitud.

Mediante auto del 1 de marzo de 2007, la Dirección Ejecutiva de la Comisión admitió para trámite y ordenó adelantar la respectiva actuación administrativa con el propósito de decidir la solicitud de revocatoria directa. Igualmente, para los fines previstos en los artículos 14 y 15 del Código Contencioso Administrativo, ordenó a la solicitante publicar en un periódico de amplia circulación nacional el aviso con el extracto de su solicitud, con el fin de informar a personas no determinadas que puedan estar directamente interesadas en la decisión que ponga fin a esta actuación, para que si así lo desean, puedan ejercer su derecho a la participación en esta actuación.

7

5

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

Con comunicación radicada en la CREG, bajo el No. E-2007-001979, ACOLGEN entregó un ejemplar del diario en el que publicó el aviso ordenado por la CREG.

4. Intervenciones de interesados.

A la actuación comparecieron como interesados en la decisión de la solicitud de revocatoria de la resolución CREG-114 de 2006: Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la sociedad Termocandelaria S.C.A. E.S.P, quienes, igualmente, solicitaron la revocatoria de dicha Resolución.

4.1. Razones de la solicitud de Empresas Públicas de Medellín.

Según su solicitud, la resolución CREG-114 de 2006 es contraria a la exigencia de prestación eficiente de los servicios públicos establecida en el artículo 365 de la Constitución Política y en los artículos 2 y 74.1 de la ley 142 de 1994, así como del principio de la libertad económica que garantiza el artículo 333 de la Constitución Política, porque no se puede pensar, que “la contratación de gas por parte de los productores de este energético, sin garantizar la capacidad de producción o de disponer de reservas suficientes, cuando se trate de solicitudes para atender demanda regulada”, garantice la prestación eficiente del servicio, y que “la pretendida liberación del mercado, sin contar efectivamente con el recurso, no es pues una propensión por la libre competencia, pues por encima de ese propósito, dichas reglas nunca pueden proferirse con detrimento o sacrificio de la eficiencia, al no garantizarse una adecuada cobertura y calidad del servicio, en la medida que ello significaría una violación flagrante del artículo 365 de la constitución Política”. (Se destaca).

Afirma que también el artículo 1 de dicha Resolución viola el artículo 1602 del Código Civil, “toda vez que establece que el productor comercializador pueda adquirir un compromiso sin contar con la certeza de poder honrar el mismo”, lo cual, según concluye, contraría el principio de “que los contratos se celebran para cumplirse y en consecuencia las obligaciones en ellos pactadas por las partes deben ejecutarse integra, efectiva y oportunamente. La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida. La Efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada. Y la Oportunidad alude al tiempo convenido”.

Expone que de acuerdo con la Jurisprudencia “cuando en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el derecho civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones ‘FUERZA DE LEY’, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales”, y que “no es valida entonces la retractación que se haga de un contrato, a menos que se trate de una excepción que debe ser plenamente probada. Quien incumple lo pactado tiene obligación de demostrar las razones que considera justifican su actuación, porque en principio su obligación debe respetarse y cumplirse a cabalidad; su voluntad quedó plasmada expresamente y siendo ésta obra de su parte, salvo que demuestre plenamente lo contrario, forzoso es concluir que la consignó allí voluntariamente con conocimiento integro

7

8

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

de todo aquello que podía afectarlo o favorecerlo y por ende a ello debe sujetarse”.

Concluye que en el caso de estudio *“mal haría un contratista en vender un mismo bien (el gas) dos veces a diferentes compradores y que esto lo estuviese respaldando una disposición, pues claramente se detectaría haberse concebido la misma, en absoluta contravía de un precepto legal (artículo 1602 del C.C) y Constitucional (Artículo 83 de la Constitución -buena fe-) vigente, que aplica y obliga su cumplimiento en general a todos los particulares y autoridades publicas del territorio colombiano”.*

4.2. Razones de la solicitud de Termocandelaria S.C.A E.S.P.

Según esta sociedad, el acto atacado debe revocarse porque:

- a) En su opinión, la CREG no analizó con la suficiente profundidad las medidas contenidas en la resolución objeto de la solicitud de revocatoria.

Afirma que “teniendo en cuenta que la resolución CREG 114 de 2006, tiene fecha de radicación 22 de Diciembre de 2006, como se observa en el encabezado del documento. Resulta difícil determinar cual fue la profundidad del análisis realizado por la Comisión frente a los comentarios de los agentes”.

Agrega que “lo anterior no es un tema de poca importancia, ya que la resolución 114 de 2006 no guarda relación, ni recoge los aportes que los agentes le hicieron a la resolución CREG 103 de 2006 que fue dispuesta para comentarios. No es posible que en menos de 24 horas luego de vencido el plazo, la CREG haya hecho un análisis riguroso del tema y publique una resolución totalmente distinta a la revisada por los Agentes”, y que eso mismo “desvirtúa los considerandos 10 y 11 de la resolución CREG 114 puesto que los comentarios a los que se refiere, son al contenido de la resolución CREG 103 la cual no tiene relación alguna con lo publicado en la resolución”.

Concluye que la comparación de los contenidos de la resolución CREG 103 y de la CREG 114 de 2006 demuestra que los agentes no pudieron opinar sobre el contenido de dicha resolución porque no era conocido, ni fue Consultado por la Comisión.

- b) Otras razones expuestas por Termocandelaria

“Es importante aclarar que la nueva regulación reconoce la existencia de la situación actual, y por lo tanto, la gradualidad operará en la medida que se vayan terminando los contratos vigentes con usuario no regulado, los cuales solo podrán ser renovados si existe la capacidad de producción que los respalde.

En la práctica, lo anterior significa que en la medida que se vayan venciendo los contratos vigentes y teniendo en Cuenta que no se podrán suscribir más contratos mientras no exista mayor capacidad de producción y reservas probadas, los agentes generadores no podrán acceder al gas en firme requerido para su operación.

7

8

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

La CREG en este sentido, está desprotegiendo a un usuario de un servicio publico, el cual no obstante su condición de Usuario No Regulado, condición que queda definida en (sic) solo en función del volumen de los consumos de gas y no por su poder de negociación frente a una contraparte con poder de mercado.

Por lo anterior no es posible afirmar que el Usuario No Regulado se encuentre en igualdad de condiciones para entrar a negociar con el Productor — Comercializador, el cual, amparado en la regulación, perfectamente puede negarse a negociar con el agente. Condición que desde ya se ha venido dando.

La condición anterior se agrava, al ser aplicado el orden de atención prioritaria contemplado en el reciente decreto 880 del 21 de marzo de 2007, donde se establece la prioridad de todos los Contratos en firme, incluyendo el de exportación a Venezuela ya que los productores se están negando a firmar nuevos contratos ya que en la práctica la exportación a Venezuela tendrá prioridad sobre la demanda de gas de Colombia.

Por todo lo anterior, es necesario que la función regulatoria propenda por mantener la equidad entre los sujetos pasivos de la regulación, condición que en este momento no se da por cuanto hay un desequilibrio a favor de tres actores, Venezuela, el mercado regulado y el productor en desmedro de un sector necesario y vital para la economía del país como el sector eléctrico.

Adicionalmente, existe un desequilibrio cuando se permite que para un sector del mercado se flexibilicen las condiciones de contratación, debemos tener en cuenta que quien contrata es el Distribuidor de Gas Natural, quien para efectos prácticos es un par en igualdad de condiciones que un agente Generador, en el sentido que demanda volúmenes de gas similares.

Sin embargo, el Generador debe contratar su gas para asegurar un ingreso en el Cargo por Confiabilidad, pero por precios marginales no es seguro que se despache en el día a día (es decir, tiene el gas pero no lo quema). En contrario, el Distribuidor no tiene el gas, porque ya estaba contratado con el Generador, pero lo requiere comercializar, es decir que esta dispuesto a comprarlo a quien detente la propiedad, es decir que existía un mercado para el gas que legítimamente compro en generador.

La resolución CREG 114 interviene dicho mercado, al hacer un bypass entre el Productor (Quien ya había recibido un precio por el gas por parte del generador) y el Distribuidor (quien ahora no requiere del generador dueño del gas inicialmente) y permitiendo por vía de regulación que se venda dos veces el mismo producto.

Dentro de las practicas comunes del mercado del gas, y teniendo en cuenta que la venta de gas no hace parte del objeto principal de una planta de generación Termica, el objeto de vender en el mercado secundario era el de librar los costos fijos del take or Pay, y en consecuencia dicho gas se vendía con un descuento sobre el precio regulado, el cual generalmente era superior al ofrecido por el Productor — Comercializador, lo anterior permitía que la demanda obtuviese precios competitivos. Con la resolución 114 el productor-

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

comercializador ahora negocia en las mismas condiciones con el Distribuidor que como lo hacía con el Generador, y al quitarse la competencia que le imponía al mercado las transacciones en el mercado secundario que hacían los generadores, se reforzó la posición dominante del Productor — Comercializador.

Si bien la disposición establecida en la resolución 114 no afecta los contratos actuales, si da las señales a los Productores — Comercializadores de esperar a que se venzan los contratos y no seguir renovándolos. Y, teniendo en cuenta que a la fecha no se han descubierto nuevos yacimientos de gas, el panorama futuro, no puede ser más desalentador.

Escribe la comisión en referencia a los incumplimientos de los Productores comercializadores (Punto 3.3 del documento CREG 114 de 2006): 'Desde el punto de vista regulatorio, tanto en los precios como en las condiciones comerciales de contratación se han dado señales claras, incentivos y mecanismos para que entre oferta y demanda resuelvan la situación de abastecimiento interno. En este sentido mediante la Resolución 071 de 2006 se han dado las señales económicas para la conversión del parque para el uso de combustibles sustitutos en la actividad de generación de electricidad; e incluso se ha permitido que cuenten con los tiempos requeridos para la ejecución de dicha conversión'.

Las señales regulatorias incentivando la conversión del parque de generación de electricidad, introducen otro tema de preocupación, ya que para el generador que opte por la conversión, no es claro si va a ser remunerado a todo su costo cuando sea ejercida la obligación de entregar su energía firme, mediante la activación del precio de escasez. En este sentido, el panorama es aun más oscuro, por cuanto no se tiene el contrato de gas, por cuanto el Productor — Comercializador no lo suscribe, y cuando va a generar con Diesel, no se le reconocen todos los costos y en consecuencia generaría a pérdida.

Por lo anterior, vemos necesario que la CREG emita el acto administrativo necesario, para realizar la revocatoria directa de la resolución CREG 114 y en conjunto, con todos los sectores que participan de la cadena de gas, definamos el esquema de mercado que responda a las condiciones de oferta y demanda de dicho energético".

5. Análisis de las razones que fundamentan la solicitud de revocatoria presentada por ACOGEN y las solicitudes de los interesados que intervinieron.

5.1. Contenido del acto impugnado y alcance de la solicitud.

La Resolución CREG-114 de 2006 se expidió con el propósito fundamental de flexibilizar las condiciones de contratación de servicio de suministro de gas en firme establecidas mediante la Resolución CREG-070 de 2006, en cuyo artículo 6 se estableció que "los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme, deberán ser respaldados físicamente. Este respaldo implica que el vendedor en la fecha de la suscripción del contrato deberá disponer de las reservas y la

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

capacidad de producción suficientes para cumplir el contrato, e identificar el campo de donde proviene el gas, de tal manera que las cantidades contratadas puedan ser exigibles en cualquier momento". En adición, mediante este acto se dictaron normas sobre reporte de información relacionada con la contratación de gas.

El acto impugnado contiene cuatro artículos, que en su orden disponen: la posibilidad de celebrar contratos de suministro en firme de gas destinado a atender mercado regulado, sin respaldo físico (Art. 1); la forma de verificar el respaldo físico (Art. 2); el deber de reportar información a la CREG sobre contratación de gas (Art. 3); y disposiciones adicionales sobre la oportunidad y forma como se debe reportar la información (Art. 4).

Se observa en primer lugar que, si bien tanto la solicitud de ACOLGEN como las que presentaron las empresas intervinientes pretenden la revocatoria de toda la Resolución CREG-114 de 2006, las razones en que se fundan cuestionan únicamente lo relacionado con la flexibilización de las condiciones de contratación, particularmente su Artículo 1, que contiene la decisión de permitir que mientras la capacidad de producción no sea suficiente para respaldar físicamente la totalidad de los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme, se puedan celebrar contratos que tengan por objeto el suministro de gas para atender a usuarios regulados sin necesidad del respaldo físico exigido en el artículo 6 de la Resolución CREG-070 de 2006; y la forma como se hará la verificación de este respaldo (Art. 2).

Nada dicen tales razones sobre los artículos 3 y 4 del acto recurrido que imponen a los productores-comercializadores y a los comercializadores de gas el deber de reportar a la CREG información sobre la contratación de dicho bien.

Dado que las solicitudes no expresan las razones por las cuales se configurarían las causales previstas en los numerales 2 y 3 del Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, invocadas como fundamento de la revocatoria de los artículos 3 y 4 de la Resolución CREG-114 de 2003, se negará de plano la solicitud en lo que se refiere a estas normas.

En segundo lugar, se observa que las razones aducidas por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para sustentar su solicitud de revocatoria de la resolución CREG-114 de 2006, consistentes en violación de los artículos 333 y 365 de la Constitución Política; 2 y 74 de la ley 142 de 1994; y 1602 del Código Civil, son, en esencia, las mismas expresadas por ACOLGEN en su solicitud, razón por la cual se analizarán conjuntamente.

En cuanto se refiere a la solicitud de revocatoria que formuló TERMOCANDELARIA S.A. E.S.P. argumenta trato discriminatorio a los generadores térmicos, en su calidad de usuarios no regulados del gas natural; haber dotado de un mayor poder de mercado a los productores-comercializadores de gas; y afectación del mercado secundario; las cuales, en lo esencial, coinciden con las razones expuestas por ACOLGEN, razón la que dichas también se analizarán conjuntamente.

7

5

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

Las demás razones expuestas por TERMOCANDELARIA, relacionadas con el trámite de la expedición del acto impugnado y la remuneración del Cargo por Confiabilidad, serán analizadas de manera independiente.

5.2. Las razones relacionadas con violación de normas superiores. (Arts. 333 y 365 de la Const. Pol.; 2 y 74 de la ley 142 de 1994; y 1602 del C.C.).

Según la solicitud de ACOLGEN, la violación de estas normas se produciría, en síntesis, por el hecho de que la resolución demandada permite que los productores-comercializadores vendan una cantidad de gas superior a la *“capacidad real de producción”*; *“sin que existan reservas suficientes de gas”*; o *“porque permite que el productor comercializador se sobre contrate, y, peor aún, pueda vender el gas dos veces a diferentes compradores”*.

Por su parte, para Empresas Públicas de Medellín E.S.P. la violación resultaría, en esencia, del hecho de que el acto impugnado permite la contratación de gas, *“sin garantizar la capacidad de producción o de disponer de reservas suficientes, cuando se trate de solicitudes para atender demanda regulada”*.

Como se observa, la violación imputada parte de un supuesto común, estructurado sobre la premisa de que la contratación del suministro de gas sin respaldo físico es contraria a los artículos 333 y 365 de la Constitución Política; a los artículos 2 y 74.1 de la ley 142 de 1994; y 1602 del Código Civil.

Para concluir si dicha premisa es correcta, procederá la Comisión a analizar si la protección de la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos que exigen los artículos 333 y 365 de la Constitución Política; si el mandato de intervenir en el servicio público para los fines previstos en el artículo 2 de la ley 142 de 1994; si el deber de regular el ejercicio de la actividad de comercialización de gas para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente; y si el milenar principio del *pacta sunt servanda*, que desde hace más de una centuria fue incorporado en el derecho positivo colombiano en el artículo 1602 del Código Civil, exigen que solamente se puedan celebrar contratos de suministro de gas con el respaldo físico previsto en el artículo 6 de la Resolución CREG-070 de 2006 de tal manera que permitir la contratación sin dicha exigencia sea contrario a dichas exigencias constitucionales y legales, como se sostiene en las solicitudes bajo análisis, o si por el contrario, la contratación en estas últimas condiciones es posible sin contrariar dichas normas.

5.2.1 El artículo 365 de la Constitución Política no impone una determinada forma de contratación para garantizar la prestación eficiente del servicio de gas natural, ni la contratación del gas con el respaldo físico previsto en el 6 de la Resolución CREG-114 de 2006 es la única forma de garantizar la prestación eficiente de dicho servicio.

En cuanto al contrato se refiere debe tenerse en cuenta que se trata, por excelencia, de un instrumento para la gestión, colaboración y coordinación de intereses, que aunque contrapuestos, tienden a un fin común: la satisfacción de las distintas necesidades de la vida en sociedad.

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

De ahí que el contrato, en abstracto, resulte un instrumento idóneo sobre el cual pueda ejercer su intervención el Estado mediante mecanismos como la regulación, para buscar los fines previstos en el artículo 2 de la ley 142 de 1994 que, en general, coinciden con el mandato general de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos previsto en el artículo 365 de la Constitución.

Sin embargo, no se puede perder de vista su carácter puramente instrumental, al punto de confundirlo con el fin que se puede perseguir con el contrato; vale decir, el instrumento no puede volverse el fin mismo, de tal forma que so pretexto de defender la prestación eficiente del servicio se pretenda a ultranza, como fin, la exigencia de la contratación bajo unas únicas o exclusivas condiciones, como la garantizada con respaldo físico, sin importar las posibilidades de disponibilidad física del gas.

Como lo ha dejado ampliamente expuesto la CREG, entre otros en el Documento CREG-040 de 2006, la contratación del suministro de gas bajo unas determinadas condiciones puede garantizar de una mejor forma la prestación eficiente de este servicio, si se compara con lo que se obtendría si se contratara bajo otras condiciones.

No obstante, en manera alguna esto implica que la exigencia constitucional de prestación eficiente del servicio imponga una única y exclusiva forma de contratar, cual sería la garantizada con respaldo físico, como se sugiere en las solicitudes bajo análisis, o al revés que exista una única forma de contratación que garantice la prestación eficiente del servicio.

En términos generales, por eficiencia se entiende la “capacidad de disponer de algo para conseguir un efecto determinado”¹. No puede sostenerse en términos absolutos que la eficiencia en la prestación del servicio dependa de unas únicas condiciones de contratación, como la exigencia del respaldo físico, sino que depende de un conjunto de factores materiales, que van más allá de la mera imposición regulatoria de unas determinadas condiciones de contratación, pues entre otros, depende de las posibilidades de disponibilidad física de los bienes indispensables para la prestación del servicio; la organización del mercado; la estructura de la oferta y la demanda; condiciones adecuadas de remuneración de las inversiones, etc., que pueden inducir uno u otro nivel de eficiencia.

En cuanto a las posibilidades de disponibilidad física del gas indispensable para la prestación de este servicio público, no es un asunto que dependa enteramente de las condiciones que imponga la regulación a los productores-comercializadores para la venta o suministro de dicho bien, sino principalmente de que existan los respectivos yacimientos, que éstos hayan sido descubiertos, y que se haya instalado la capacidad de producción adecuada para poder explotarlos comercialmente.

De tal suerte que si las reservas y la capacidad de producción instalada son suficientes para atender la demanda, en condiciones de mercado en competencia, la prestación eficiente podría lograrse bajo cualquier modalidad de contratación; la que el mercado defina espontáneamente. Y si por el

¹ Diccionario de la lengua española; Real Academia Española.

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

contrario, son insuficientes, la regulación debería ocuparse de establecer unas condiciones de contratación que permitan que con los recursos existentes se logre un adecuado nivel de eficiencia en la prestación del servicio, y los incentivos posibles a la inversión en incremento de reservas y de capacidad de producción.

Pero es claro que si la insuficiencia se debe realmente a las situaciones existentes de reservas y capacidad de producción, la no prestación del servicio en condiciones de eficiencia será una consecuencia de dichas situaciones y no imputable a la regulación de las condiciones en que se debe contratar el gas existente.

En cuanto se refiere a la creación, mediante la regulación, de incentivos adecuados a la inversión para el incremento de reservas y de capacidad de producción de gas, tampoco dependen exclusivamente de las condiciones que se establezcan regulatoriamente para la contratación del gas por parte de los productores comercializadores, sino principalmente de los incentivos a la exploración, perforación y explotación de los yacimientos, actividades cuya regulación no es de competencia de la CREG, así como de las condiciones económicas en que se podrá comercializar el gas, sobre las cuales la CREG tiene establecidos unos mecanismos adecuados de remuneración.

En cuanto se refiere a las condiciones de contratación como incentivo a la expansión, entiende la Comisión que los contratos pueden ser un mecanismo para dar señales adecuadas en esa materia, pero en todo caso, no es válido pretender que tales señales solamente se puedan dar mediante contratos celebrados con exigencia de respaldo físico.

La Comisión no encuentra razón alguna en la afirmación de ACOLGEN en el sentido de que la posibilidad de permitir transitoriamente la contratación de servicio de suministro en firme de gas con destino a la atención de usuarios regulados, sin respaldo físico, *"haga que el mercado se amplíe y llegue un momento en que las posibilidades de prestación del servicio sean absolutamente nulas". (Se destaca).* Una situación como ésta solo podría presentarse cuando físicamente no exista gas para prestar el servicio, caso en el cual sería esa situación de agotamiento físico del recurso lo que conduciría a esa situación, y no la medida transitoria adoptada en el acto impugnado.

Por otro lado, no debe desconocerse que durante más de doce (12) años de vigencia de la Constitución Política y de la Ley 142 de 1994, la condición común de contratación de suministro de gas prevista en la regulación fue la de no exigencia expresa de respaldo físico, situación que, por una parte, nunca se advirtió como contraria a las normas bajo análisis, y por la otra, no generó una ampliación del mercado que hubiere llevado a la imposibilidad absoluta de prestación del servicio.

Si bien es cierto que la demanda creció, no puede atribuirse ese crecimiento al hecho de no haber exigido regulatoriamente respaldo físico para la contratación del suministro, sino principalmente al crecimiento propio de todo mercado en expansión. No encuentra la CREG razones que le permitan avizorar, como lo vaticina ACOLGEN, que por el hecho de haber exigido mediante la resolución CREG-070 de 2006 contratación de suministro en firme, con respaldo físico, y

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

luego haber flexibilizado transitoriamente dicha exigencia para un segmento de la demanda, esta situación provoque o incentive un crecimiento desmesurado o no previsto de la demanda, que conduzca a las apocalípticas consecuencias sobre las que versan las predicciones del solicitante.

Si actualmente se evidencian dificultades en el cubrimiento de la demanda de gas, es posible que dicha situación se haya originado, según la información que tiene disponible la CREG, en principio, por la declinación de la producción en los principales yacimientos y no por un crecimiento en la demanda incentivado por la no exigencia de respaldo físico en la contratación.

Ahora bien, si la Constitución Política y la ley no imponen que para garantizar la prestación eficiente del servicio se deba exigir la contratación del gas con respaldo físico, es discrecional para la Comisión seleccionar, entre las múltiples alternativas de contratación que pueden utilizarse con el propósito de garantizar la prestación eficiente, la que considere más adecuada para el cumplimiento de este fin, teniendo en cuenta las situaciones fácticas existentes que exigen la intervención del Estado a través de la regulación que le fue asignada.

Desde esta óptica, cabe destacar que a partir del año 1995 la CREG reguló la contratación del gas natural de distintas formas e imponiendo distintas condiciones regulatorias y que sólo hasta el año 2006, con la resolución CREG-070, exigió expresamente el respaldo físico.

Teniendo en cuenta la experiencia y los resultados en la forma como se ha prestado el servicio de gas desde la época anotada, no es posible concluir con carácter absoluto que este servicio se haya prestado de manera ineficiente, y menos que lo haya sido por el hecho de no haber exigido expresamente respaldo físico en la contratación del suministro.

La regulación expedida por la CREG, desde el año 1995, permite concluir que desde esa época esta entidad ha considerado necesario regular las condiciones contractuales en aras de la prestación eficiente del servicio, y lo ha hecho teniendo en cuenta la situación existente en cada época, lo que le ha permitido buscar condiciones adecuadas de eficiencia introduciendo con carácter imperativo distintas condiciones contractuales, como se evidencia en la siguiente síntesis contenida en el Documento CREG-040 de 1996 que contiene los resultados de los análisis que sirvieron de fundamento a la propuesta regulatoria que dio origen a la expedición de la resolución CREG-070 de 1996, en la cual se estableció la exigencia del respaldo físico:

“La regulación de las condiciones contractuales de suministro de gas en los últimos años se inicia en 1996, con la expedición de la Resolución CREG 057, en la cual la Comisión definió, en términos generales que se podría ofrecer el suministro de gas natural, mediante contratos en firme, en pico, interrumpibles, con o sin prima de disponibilidad o una combinación de uno o varios de ellos.

Posteriormente, con la expedición de la Resolución CREG-009 de 1999 se estableció que los productores-comercializadores debían ofrecer el suministro de gas con base en dos alternativas y de acuerdo a las

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

características de cada comprador: i) una oferta con un precio tope igual al máximo regulado; y ii) una oferta que cumpliera con lo establecido en el artículo 73 de la Resolución CREG 057 de 1996, descrito en el párrafo anterior. Además de hacer obligatoria estas dos ofertas, se mantuvo vigente la flexibilidad de establecer acuerdos libres entre las partes.

En el año 2000, a través de la Resolución CREG 023 se desarrolló con mayor detalle la regulación de las condiciones contractuales de estas dos alternativas existentes y su relación con los precios regulados. Así, se definieron dos tipos de contratos, "Pague lo contratado" y "Pague lo Demandado" y se estableció que los productores-comercializadores debían realizar al menos tres ofertas de suministro por la misma cantidad de energía: i) "Pague lo Demandado" con el precio regulado como tope máximo, ii) "Pague lo Demandado" en el cual el precio promedio en un periodo de tiempo no fuera superior al máximo regulado; y iii) "Pague lo Contratado" en el cual se ofreciera un descuento de acuerdo con el porcentaje de pago fijo.

En particular, la intención de regulador era evitar que a través de las diferentes modalidades contractuales se superaran los precios máximos regulados (situación prevaleciente en la época de expedición de la resolución CREG 023 de 2000). Así mismo, se desarrollaron en detalle las condiciones relacionadas con el precio, descuentos, derechos y obligaciones del comprador en relación los pagos mínimos independientes del consumo y las obligaciones del vendedor en cuanto al tipo de suministro..."

En cuanto se refiere a la exigencia del respaldo físico para la contratación del suministro en firme de gas, esta se originó principalmente porque, por una parte, mediante la Resolución CREG-125 de 2005 se dispuso que "los generadores térmicos que aspiren a ser remunerados por concepto de Cargo por Capacidad deberán reportar la información referente a la contratación firme de suministro y transporte de combustible, que será tenida en cuenta para efectos de la valoración de la energía firme a ser utilizada en la asignación de dicho Cargo a partir de diciembre de 2006" y en la regulación del Cargo por Confiabilidad (Resolución CREG 071 de 2006, Capítulo V) que se expidió simultáneamente con la Resolución CREG-070 de 2006, se exige que "los contratos de suministro de combustibles y transporte en firme de gas natural, así como los mecanismos adicionales que emplee el agente generador para sus plantas y/o unidades de generación térmica, deben garantizar el respaldo de las Obligaciones de Energía Firme de un agente generador"; y por otra parte, porque se consideró necesario hacer más estricta la exigencia de que las empresas que atiendan a usuarios regulados, adquieran el gas que necesitan para prestarles el servicio, mediante contratos que garanticen de una mejor forma la continuidad en el servicio.

Y en adición porque, tal como quedó consignado en el Documento CREG-087 de 2006, se consideró que dicha exigencia "tiene además la ventaja de que puede contribuir a dinamizar el mercado de gas a nivel mayorista". (Pág. 29).

Como se observa, las razones que motivaron la exigencia del respaldo físico para la contratación del servicio de suministro en firme están orientadas principalmente a mejorar la eficiencia en la prestación del servicio. Sin

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

embargo, no significa esto que la flexibilización tales exigencias, que apenas se establecieron en el año 2006, conduzcan a la imposibilidad absoluta de prestación del servicio, como lo afirma ACOLGEN.

Una vez establecida la exigencia del respaldo físico para la contratación de los servicios de suministro en firme de gas, la Comisión solicitó a las empresas productoras-comercializadoras y comercializadoras de gas natural información sobre capacidad máxima de producción por campo, la cantidad de gas contratada en firme por personas naturales o jurídicas distintas a generadores térmicos, y la cantidad de gas ya contratada en firme o que contrataría con cada agente generador.

Del análisis de esta información concluyó la Comisión que *"pueden presentarse dificultades para atender las solicitudes de suministrar en firme, considerando que éstas deben ser respaldadas con las reservas y la capacidad de producción suficiente para cumplir los contratos derivados de dichas solicitudes, y que los comercializadores que atienden demanda regulada deben tener contratos que garanticen la continuidad del servicio..."*, tal como se dejó establecido en el Documento CREG-107 de 2006 que contiene la propuesta que originó la expedición de la resolución impugnada, a partir de lo cual encontró conveniente flexibilizar dicha exigencia permitiendo que mientras existan restricciones de capacidad de producción, se pueda contratar servicio de suministro en firme de gas destinado a atender usuarios regulados sin el respaldo físico exigido en el artículo 6 de la Resolución CREG-070 de 2006.

Como se observa, lo que hizo la Comisión al expedir la resolución impugnada fue reconocer que la situación existente de la capacidad de producción podría poner en dificultades la contratación del suministro en firme de gas al por mayor para la prestación del servicio, si se aplicaba plenamente la exigencia de respaldo físico para dicha contratación.

Si se dificulta la contratación del gas que se requiere para abastecer la demanda, con el respaldo físico exigido por el regulador, eso no se debe a que simplemente el acto impugnado lo haya impedido, sino exclusivamente porque la situación existente de la capacidad de producción, determinada según la información que fue suministrada a la CREG, puso en evidencia dichas dificultades que ameritaron que la Comisión las tuviera en cuenta para adoptar la flexibilización de marra.

En todo caso, vale la pena señalar que con la flexibilización adoptada mediante el artículo 1 del acto impugnado:

- a) Se avanzó en las mejoras regulatorias que se propuso el regulador con la Resolución CREG-070 de 2006, pues en términos generales se mantuvo la exigencia expresa del respaldo físico que no existía en la regulación antes de dicha normatividad. La flexibilización adoptada mediante el artículo 1 de la resolución atacada es transitoria, como se expresa en dicha norma, y aplica únicamente para un segmento de la demanda, la regulada, para la cual se mantienen, pero con mejoras importantes, las condiciones de contratación que venían rigiendo antes de la citada resolución CREG-070.

2

5

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

- b) Se mantienen las mejoras obtenidas con la Resolución CREG-070 de 1996, en tanto en el artículo 2 del acto impugnado se establece una fórmula expresa para efectos de determinar el respaldo físico, esto es, las reservas y la capacidad de producción remanentes para contratar con dicho respaldo.
- c) Se evidenció la situación existente en relación la capacidad de producción, lo cual le permite a los agentes que requieren el gas, analizar las oportunidades y riesgos asociados al suministro en estas condiciones reales de suministro.
- d) Simplemente se faculta a las empresas distribuidoras que atienden a usuarios regulados, para que si desean contratar el servicio de suministro en firme del gas, lo hagan, a sabiendas de tal situación existente.

5.2.2 El mandato contenido en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, según el cual la CREG debe intervenir en el servicio público de gas para asegurar, entre otros fines, la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio, y el deber que le impone el artículo 74.1 ibídem, de regular el ejercicio de la actividad de comercialización de gas para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, tampoco imponen una determinada forma de contratación para garantizar la prestación eficiente del servicio de gas natural; ni la contratación del gas con el respaldo físico previsto en el 6 de la Resolución CREG-114 de 2006 es la única forma de garantizar la prestación continua e ininterrumpida de dicho servicio.

En este numeral se analizarán las razones relacionadas con la violación del artículo 2 de la ley 142 de 1994 (Numeral 2.2.1, Literal a, de esta resolución) y las razones de conveniencia relacionadas con el desconocimiento del principio "de garantizar la oferta energética eficiente" (Numeral 2.2.1, Literal d), invocadas por ACOLGEN, así como las expuestas por Empresas Públicas de Medellín en el sentido de que el acto acusado es contrario a la prestación eficiente del servicio prevista en los artículos 2 y 74.1 de la ley 142 de 1994.

En síntesis tal violación se presentaría porque el acto acusado deja al usuario del gas natural "indefenso a la voluntad del productor de gas, quien no tendría que acometer nuevas inversiones, ya que puede vender su producto, sin que existan reservas suficientes de gas", y que se coloca a la demanda en una situación de vulnerabilidad y de verdadera incapacidad para satisfacer sus requerimientos, con lo cual, se desconoce el precepto constitucional que obliga al Estado a garantizar el suministro de los servicios públicos en condiciones de eficiencia y de seguridad energética".

En cuanto se refiere a las razones relacionadas con la intervención del Estado mediante la regulación con el fin de asegurar la prestación eficiente del servicio se reitera lo expuesto en el acápite anterior, en el cual se dejó expuesto cómo la flexibilidad de las condiciones de contratación dispuestas por la resolución impugnada no son contrarias al principio de prestación eficiente del servicio.

7

5

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

En lo atinente al mandato de intervenir mediante la regulación con miras a la prestación continua e ininterrumpida, las siguientes consideraciones son suficientes para concluir que no existe la violación imputada por las solicitantes.

En primer lugar, como lo tiene previsto el numeral 2.4 del artículo 2 de la ley 142 de 1994, la existencia de razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan, constituyen excepciones válidas al fin de prestación continua e ininterrumpida del servicio.

Como se dejó expuesto en el acápite anterior, si se dificulta la contratación del gas que se requiere para abastecer la demanda, con el respaldo físico exigido por el regulador, eso no se debe a que simplemente el acto impugnado lo haya impedido, sino exclusivamente porque la situación existente de la capacidad de producción, determinada según la información que fue suministrada a la CREG, puso en evidencia dichas dificultades que ameritaron que la Comisión las tuviera en cuenta para adoptar la flexibilización de marras.

En segundo lugar, lo que en estricto sentido flexibilizó el acto impugnado fue la exigencia de respaldo prevista en el artículo 6 de la Resolución CREG-070 de 2006, no la obligación de que los distribuidores de gas adquieran el gas mediante contratos que garanticen firmeza en el suministro.

En efecto, dispone el artículo 1 del acto impugnado:

“Desde la vigencia de la presente Resolución hasta que la capacidad de producción sea suficiente para respaldar físicamente la totalidad de los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme, no será necesario disponer del respaldo físico establecido en el Artículo 6 de la Resolución CREG 070 de 2006 o aquellas que lo sustituyan, modifiquen o complementen, siempre y cuando los contratos que se suscriban tengan por objeto la atención de usuarios regulados”. (Se destaca).

Como se observa, esta norma se refiere específicamente a los contratos “que pacten servicios de suministro en firme”, para establecer específicamente que “no será necesario disponer del respaldo físico”, más no para disponer que en los contratos de servicios de suministro en firme el vendedor no se obligue a garantizar suministro de un volumen máximo de gas natural sin interrupciones durante un período determinado.

En lo que atañe al deber de regular la actividad de comercialización de gas natural para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, como ya se dijo en el acápite anterior, dicha disponibilidad no depende exclusivamente de unas determinadas condiciones de contratación, sino principalmente de la existencia física del bien, de la factibilidad técnica, y de los incentivos económicos para realizar las respectivas inversiones en expansión.

En otras palabras, si bien la exigencia del respaldo tiene además la ventaja de que puede contribuir a dinamizar el mercado de gas a nivel mayorista, bajo circunstancias en la cuales la situación existente de capacidad de producción dificulta el cumplimiento de dicho requisito, el mantenimiento de la exigencia del respaldo físico para un gran segmento de la demanda, unido a la exigencia

J

F

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

de contratación de servicios de suministro en firme para otro segmento importante de la demanda, aunque sin respaldo físico, también pueden dinamizar el mercado, de tal forma que se generen señales de expansión de la oferta.

Estas mismas razones fueron analizadas por la CREG, con ocasión de las inquietudes recibidas durante el trámite de expedición del acto impugnado, cuyos resultados quedaron plasmados así:

“En cuanto a las inquietudes relacionadas con las expansiones de la capacidad de producción y el desarrollo de nuevas reservas, en efecto en la actualidad es necesario acometer nuevas inversiones que permitan incrementar la capacidad de producción teniendo en cuenta que los excedentes han sido copados por el crecimiento que ha registrado la demanda en los últimos años.

Ante los comentarios relacionados con la no adición de nuevas reservas o nueva capacidad de producción, debe tenerse presente que la viabilidad de las respectivas inversiones no solo está sujeta a la materialización de acuerdos entre los mismos agentes en el contexto de las señales económicas que ofrezca la regulación, sino también depende de la dotación de recursos naturales (factibilidad técnica) y de las disposiciones propias de los contratos de asociación y concesión. Al respecto, si bien las primeras condiciones pueden ser gestionadas por la CREG, las segundas dependen de factores que sobrepasan el alcance del regulador.

Desde el punto de vista regulatorio, tanto en los precios como en las condiciones comerciales de contratación se han dado señales claras, incentivos y mecanismos para que entre oferta y demanda resuelvan la situación de abastecimiento interno. En este sentido mediante la Resolución 071 de 2006 se han dado las señales económicas para la conversión del parque para el uso de combustibles sustitutos en la actividad de generación de electricidad; e incluso se ha permitido que cuenten con los tiempos requeridos para la ejecución de dicha conversión. Complementariamente, la Resolución 070 de 2006 tiene, entre otros objetivos, reflejar la disponibilidad real del recurso, permitiendo que oportunamente se tomen decisiones de inversión, por parte de los productores, o de conversión, si es del caso, de parte de la demanda que puede tener acceso a esta opción.

Por otro lado, en cuanto a la existencia de ofertas por parte de los productores, si bien es cierto que los contratos de explotación del recurso les dan autonomía para decidir el destino del gas natural (este análisis está contenido en el Documento CREG 087 de 2006), las señales de precios del gas natural definidas desde inicios de la regulación, han tenido por objeto promover el incremento de nueva oferta en el mercado (tal como quedó contenido en los Documentos CERG 078 de 1999 y 029 de 2000, que soportan las resoluciones de la regulación de precios), en una actividad que ha sido considerada como potencialmente competitiva.

Es relevante además reiterar que, si aún con las señales económicas vigentes, los productores no ofrecieran el gas solicitado, según la ley 142

J

f

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

de 1994 (Artículo 8) es el Ministerio de Minas y Energía la entidad que tendría la competencia par asignar el uso del gas”.

5.2.3 El artículo 1602 del Código Civil no exige que en los contratos de suministro se tenga respaldo físico para asegurar la eficacia del contrato; los solicitantes confunden la no exigencia de respaldo físico para celebrar contratos de servicios de suministro en firme con la ineficacia de los contratos celebrados. El acto impugnado no regula la eficacia de los contratos, sino simplemente permite la posibilidad de contratar sin respaldo físico; la eficacia del contrato y la responsabilidad por su cumplimiento son asuntos que se rigen por las normas comunes del derecho privado.

Bajo este numeral se analizarán conjuntamente las razones expuestas por ACOGEN sobre la pretendida violación del artículo 1602 del Código Civil, resumidas en el Numeral 2.2.1, Literal a, de este acto, y las razones de conveniencia según las cuales se afirma que con el acto impugnado “se generan nuevos riesgos a los generadores por posibles incumplimientos en el suministro de gas” (Num. 2.2.2, literal d, de esta resolución); así como las de Empresas Públicas de Medellín relacionadas con la supuesta violación de la misma norma en comento, por estar estrechamente relacionadas.

Según el artículo 1602 del Código Civil **“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”**. (Se destaca).

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que lo que en estricto sentido esta norma hace es atribuir una cualidad jurídica a cualquier contrato legalmente celebrado: la de ser ley para las partes. Se observa que el principio señalado se predica de cualquier contrato legalmente celebrado, y no solamente de los celebrados con respaldo físico. Y, *a contrario sensu*, un contrato legalmente celebrado no deja de ser ley para las partes por el hecho de que se celebre sin respaldo físico.

En otras palabras, el respaldo físico destinado a garantizar el cumplimiento del contrato consiste precisamente en eso, una especie de “garantía” que busca asegurar adecuadamente el cumplimiento del contrato, pero la exigencia de dicho respaldo no es la que hace que el contrato sea ley para las partes, ni su ausencia le quita al contrato el carácter de ley para los contratantes.

Por otra parte, el respaldo físico tampoco es un elemento determinante de la eficacia del contrato. El contrato es eficaz por el solo hecho de haber nacido a la vida jurídica con el lleno de las condiciones de validez, con independencia de que esté respaldado físicamente o garantizado su cumplimiento.

A manera de ejemplo, son ley para las partes y eficaces: el contrato de servicios públicos entre la empresa y el usuario, independientemente de que la primera no tenga garantizada físicamente la disponibilidad del bien que requiere para prestar el servicio al usuario; un contrato de largo plazo celebrado entre dos comercializadores de energía en el Mercado Mayorista de Energía, con independencia de que el primero tenga o no planta o unidad de generación o haya otorgado garantías de cumplimiento del mismo; un contrato de venta de

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

cosa ajena, con independencia de que el vendedor no sea titular del dominio sobre la cosa que se obliga a transferir a cambio del precio²; la venta de cosas que no existen pero se espera que existan³; igualmente, los sendos contratos mediante los cuales una persona vende dos veces una misma cosa⁴.

Vale la pena detenerse en este último punto, pues como se señaló al comienzo de este apartado 5, una de las razones por las cuales se acusa al acto impugnado de violar el artículo 1602 del Código Civil, es porque, en opinión de ACOLGEN y de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la resolución impugnada autoriza vender el gas dos veces.

Esta imputación carece de apoyo jurídico, porque aún si fuera correcto, en términos jurídicos, que el gas se pueda vender dos veces según lo afirmado por las solicitantes, se trataría de dos contratos válidamente celebrados al tenor de lo dispuesto en el artículo 1873 del Código Civil, y en tanto contratos debidamente celebrados, cada uno de ellos es ley para las partes.

Pretender que el acto impugnado es contrario al artículo 1602 del Código Civil por "permitir vender dos veces el mismo gas", resulta tan infundado como pretender que el artículo 1873 del Código Civil que regula los casos en que una persona vende dos veces la misma cosa a compradores distintos es contrario al artículo 1602 del mismo Código, pues esta última conclusión no tiene cabida en la dogmática civil.

Pero, ante todo, no es correcto afirmar que jurídicamente se pueda vender dos veces el mismo gas. Esto por cuanto, en términos jurídicos, sólo es posible hablar de vender dos veces la misma cosa cuando se trata de cosas que se puedan apreciar por sus características particulares o individuales, es decir, cuando se trata de una especie o cuerpo cierto, lo cual es físicamente irrealizable en el caso del gas ante la imposibilidad de identificar una determinada cantidad de gas por sus moléculas particulares.

En las relaciones contractuales el gas se aprecia por cantidades, volumétricas o energéticas, caso en el cual se contraen obligaciones de género, sobre cosas de naturaleza eminentemente fungible, en relación con las cuales no puede predicarse que cuando se vende la misma cantidad o determinadas cantidades, se esté vendiendo la misma cosa ya vendida.

La otra imputación de violación del artículo 1602 del Código Civil, formulada contra el acto demandado, la hace consistir ACOLGEN, en síntesis, en el hecho de que en virtud de la resolución CREG-114 de 2006 le permitiría *"excusarse de la entrega del gas a la cual está obligado en razón del contrato previamente celebrado", sin incurrir en responsabilidad por los perjuicios que cause el*

² Establece expresamente el artículo 1871 del Código Civil que *"la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso del tiempo". (Se destaca).*

³ Según el artículo 1869 del Código Civil, *"La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte".*

⁴ *"Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá". (Art. 1873 del Código Civil)*

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

incumplimiento, y en el interrogante que formula sobre ¿Quién asumirá los perjuicios que se puedan ocasionar a la planta o al sistema eléctrico en este caso?”.

Por su parte, la imputación de Empresas Públicas de Medellín señala, en síntesis, que celebrando los contratos para cumplirse, lo cual implica que las obligaciones se ejecuten integra, efectiva y oportunamente, “no es valida entonces la retractación que se haga de un contrato”, sin una causa legalmente prevista.

En primer lugar debe señalarse que todo contrato legalmente celebrado, aún siendo ley para las partes, tiene implícito un riesgo de incumplimiento, que no depende exclusivamente del hecho de que el contrato se haya celebrado sin respaldo físico. Es posible que el respaldo físico “garantice” o facilite el cumplimiento del contrato, pero la ausencia del mismo tampoco puede señalarse como la causa necesaria del incumplimiento.

Tan real es el riesgo de incumplimiento de cualquier contrato que, por una parte, existen contratos específicamente diseñados para cubrir dicho riesgo, como el contrato de seguros; y por otra parte, la misma ley prevé que en los contratos bilaterales va implícita la condición resolutoria del contrato, que permite exigir judicialmente el cumplimiento o la resolución o destrucción del vínculo contractual, con indemnización de perjuicios.

Y hasta donde se sabe, la doctrina autorizada no ha concluido que por el hecho de no haber garantizado el cumplimiento de un contrato con otro contrato de seguros, o que por el hecho de un contrato llevar implícita la facultad de resolverlo o terminarlo por incumplimiento, se viole el artículo 1602 del código civil, esto porque, como se acaba de señalar, todo contrato tiene implícito un riesgo de incumplimiento.

Efectivamente, en relación con el incumplimiento del contrato, establece el artículo 1546 del Código Civil:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”(Se destaca).

Según el artículo 1496 del Código Civil, el contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Dado que en los contratos de venta o de suministro de gas natural las partes contratantes se obligan recíprocamente - el vendedor a transferir el dominio del gas y el comprador a pagar el precio, o el suministrador a proveer periódicamente una cierta cantidad de bienes y el suministrado a pagar el precio -, se trata de contratos bilaterales.

Por tanto, en dichos contratos, por disposición expresa del artículo 1546 citado, va envuelta, es decir va implícita o queda incorporada por mandato de la ley,

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

esto es, aún sin que las partes lo hayan pactado, la condición resolutoria, que consiste precisamente en el hecho futuro e incierto de que una de las partes incumpla, y que permite a la otra parte exigir por la vía judicial el cumplimiento o la resolución, esto es, la terminación en el caso de los contratos de tracto sucesivo como el suministro, con indemnización de perjuicios, en cualquiera de los casos.

Lo anterior significa, ni más ni menos, que por mandato legal, y no por disposición de la CREG, la obligación nacida de los contratos bilaterales, como el de suministro de gas, es **condicional**⁵, esto es, que depende de una condición o de un hecho futuro, que puede suceder o no, como el incumplimiento de una de las partes, y que siendo dicha condición **resolutoria**⁶, por el acaecimiento del incumplimiento se extingue el derecho, como cuando la parte contratante afectada opta por la resolución del contrato, lo cual a su vez la legitima para exigir de la otra la indemnización de perjuicios, según lo que expresamente define el citado artículo 1546 del Código Civil.

De acuerdo con lo anterior se concluye:

- a) Que siendo el contrato de suministro en firme de gas, un contrato bilateral, en este va implícita la condición resolutoria por mandato del artículo 1546 del Código Civil, y por tanto, las obligaciones nacidas de dicho contrato son condicionales, es decir, dependen del hecho futuro e incierto de "*no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado*". Luego, dicho riesgo de incumplimiento va implícito por la misma naturaleza del contrato bilateral, conforme al mandato legal de esta norma en comento, y no como lo pretenden ACOLGEN y Empresas Públicas de Medellín, por el hecho de permitir la celebración de contratos de suministro sin respaldo físico.
- b) Que el incumplimiento del contrato de suministro en firme de gas por cualquiera de las partes, bien por el proveedor o ya por el proveído, no lo exonera de responsabilidad, sino que por el contrario el incumplimiento genera responsabilidad civil contractual para el incumplido, que se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios, tal como lo establece expresamente el citado artículo 1546. Esto último, ni lo dispone el acto impugnado ni lo impide el mismo, porque precisamente emana directamente de la ley.

Ahora bien, resulta incorrecto a todas luces, pretender que la posibilidad de celebrar contrato de suministro en firme de gas sin respaldo físico, prevista en la resolución impugnada, haya exonerado de responsabilidad al proveedor del gas, porque es claro que la responsabilidad civil no nace por el hecho de que el contrato haya tenido o no respaldo físico, sino simplemente por el hecho del incumplimiento del deudor.

Confunden en este punto las impugnantes las condiciones para la celebración del contrato, con los efectos que se deducen del mismo una vez celebrado. En

⁵ Según el artículo 1530 del Código Civil, "es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no".

⁶ Define el artículo 1536 del Código Civil que la condición se llama resolutoria, "cuando por su cumplimiento se extingue el derecho".

5

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

efecto, jurídicamente no es posible deducir que porque un contrato de suministro se celebre sin respaldo físico, el mismo no obligue o su cumplimiento, no genere responsabilidad para los contratantes.

Pero es más, no es posible pasar inadvertido, como pretenden los solicitantes, que lo que en estricto sentido permite el artículo 1 de la norma impugnada es celebrar el contrato de suministro en firme de gas destinado a atender usuarios regulados, sin que para tal celebración sea necesario contar con el respaldo físico exigido en el artículo 6 de la Resolución CREG-070 de 2006, y no que el contrato no obligue, como han querido entenderlo ACOLGEN y Empresas Públicas de Medellín.

Este último entendimiento de las impugnantes ignora que, por mandato del artículo 1603 del Código Civil, los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas *"que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella"*.

Expresamente está previsto en el artículo 1 del acto impugnado que la posibilidad de celebrar contratos sin el respaldo físico, se refiere a la contratación de *"servicios de suministro en firme"*, los cuales, por definición de la Resolución CEG-070 de 2006, imponen al proveedor la obligación de garantizar *"el suministro de un volumen máximo de gas natural sin interrupciones durante un período determinado, excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas"*.

Ahora bien, es claro que la existencia del respaldo físico es una situación que puede garantizar de una mejor forma el cumplimiento del contrato, pero la ausencia del mismo de ninguna manera puede entenderse como una exoneración del cumplimiento de la obligación que nace del contrato o de la responsabilidad que se deriva de su incumplimiento.

En estricto sentido, lo que sucede en los contratos de servicios de suministro en firme de gas destinado a atender usuarios regulados, que bajo su propio riesgo las partes decidan celebrar sin respaldo físico, es que el proveedor podría estar asumiendo un riesgo más alto de incumplimiento, que el comprador también conoce, pero que en todo caso no exonera de responsabilidad al proveedor por dicho incumplimiento, y que de ninguna manera puede sostenerse, como lo pretende ACOLGEN, que dicho riesgo sea mayor al que venían enfrentado las partes en los contratos existentes desde antes de la vigencia de la Resolución CREG-070 de 2006.

Finalmente, se observa que entre las razones expuestas por Empresas Públicas de Medellín como fundamento de la violación del artículo 1602 del Código Civil se confunde, equivocadamente, el retracto con el incumplimiento del contrato. El primero, según el artículo 1859 del mismo código es un derecho que se pacta expresamente entre las partes y que faculta a cualquiera de ellas para ejercerlo legítimamente, mientras que el incumplimiento del contrato es un hecho enteramente imputable a una de las partes, que genera responsabilidad civil. En todo caso, el acto impugnado no faculta ni el retracto ni el incumplimiento del contrato.

7

5

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

5.3 *El acto impugnado no confiere a los productores-comercializadores de gas natural una mayor posición dominante que la que ostentan en el mercado de gas natural, y tampoco desconoce esta situación.*

En este numeral se analizarán las razones de ACOLGEN relacionadas con el “Desconocimiento de la existencia del monopolio en el sector de gas”, reseñadas en el Numeral 2.2.1, Literal c, de esta resolución, y las razones de conveniencia consistentes en que “se aumenta el poder de mercado del productor de gas” (Numeral 2.2.6, Literal e); las razones expuestas por Empresas Públicas de Medellín sobre violación del deber de proteger la libre competencia, según el artículo 333 de la Constitución Política, así como las razones expuestas por TERMOCANDELARIA en relación con la posición dominante de los productores-comercializadores, por estar estrechamente relacionadas.

En opinión de ACOLGEN, con el acto impugnado se *“consolida la posición dominante de los productores comercializadores de gas en el mercado, y se les concede una amplia facultad, que puede tornarse abusiva, en la medida en que pueda imponer sus condiciones contractuales, y da “una amplia patente para seguir firmando contratos de suministro, sin ningún respaldo de reservas o capacidad de producción, y sin que exista obligación alguna de aumentar sus reservas”.*

Por su parte, para Empresas Públicas de Medellín considera contrario a la libre competencia *“liberar del mercado, sin contar efectivamente con el recurso”.*

Expone TERMOCANDELARIA que con el acto impugnado la CREG desprotege a los generadores térmicos, usuarios no regulados del servicio de gas natural, que no se encuentran en igualdad de condiciones para entrar a negociar con el Productor — Comercializador, el cual, amparado en la regulación, perfectamente puede negarse a negociar con el agente, y afirma que dicha situación ya se viene dando. Agrega que en tanto el acto impugnado debilita el mercado secundario, se quitó la competencia que con este mercado debía enfrentar el productor-comercializador.

En primer lugar, a juicio de la Comisión resulta fuera de proporción atribuir al acto impugnado la consolidación de la posición dominante que tienen los productores-comercializadores en el mercado de gas natural. Según el artículo 14.13 de la ley 142 de 1994, la empresa siempre tiene una situación de posición dominante consolidada frente al usuario, y respecto del mercado cuando sirve al 25% o más de los usuarios del mercado. De tal forma que la consolidación de la posición dominante de los productores-comercializadores se debe a una situación existente y no a concesiones que le haya otorgado el acto impugnado.

Por otra parte, tampoco es válido afirmar que el acto acusado le haya otorgado un mayor poder de mercado para que abusen de los usuarios. Una cosa es que por la posición dominante que tenga la empresa defina unilateralmente las condiciones del contrato que ofrecerán al usuario, como sucede por ejemplo, con las condiciones uniformes del contrato de servicios públicos y, en general con la llamada contratación con cláusulas generales o cláusulas predispuestas, y otra, bien distinta, es que por esa vía se impongan condiciones abusivas, injustas o gravosas a la parte débil en el contrato.

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

Esto último no está permitido en la legislación colombiana, y es reprobable aún sin que haya intervención específica del regulador, porque la ley 142 de 1994 en sus artículos 34 y 133, lo reprime. También, como lo tiene establecido la jurisprudencia⁷, la imposición de cláusulas abusivas por la parte que tiene posición dominante, que cause daño a la otra parte, puede generar responsabilidad civil contractual y extracontractual, que se debe indemnizar conforme a las normas comunes de la responsabilidad civil, sin perjuicio de las competencias que le atribuye la Constitución y la ley a la Superintendencia de Servicios Públicos.

Por otro lado, entiende la Comisión que las condiciones abusivas a que se refieren por igual las solicitantes, consistirían en el hecho de vender gas sin el respaldo físico, lo cual entienden como una facultad para que el productor-comercializador incumpla sin que incurra en responsabilidad. Esta apreciación es incorrecta y carece totalmente de apoyo jurídico, como se dejó demostrado en el acápite anterior.

Finalmente, la resolución CREG-114 de 2006 no prohíbe las transacciones en el mercado secundario. Entiende la Comisión que si los generadores no pudieran contratar suministro en firme de gas, por no existir respaldo físico, y por tanto se disminuyeran las posibilidades de vender en el mercado secundario, esa sería una situación provocada por la inexistencia del respaldo físico y no por el acto impugnado. En cuanto se refiere al hecho de que esto incrementa el poder de mercado de los productores-comercializadores, debe tenerse en cuenta que no solamente los vendedores de gas en el mercado secundario le disputan mercado, sino también los proveedores de otros combustibles que pueden sustituir el gas natural en la generación térmica, que efectivamente existen en el mercado.

5.4 Análisis de las razones relacionadas con la falsa motivación.

Esta imputación, formulada por ACOGEN, descansa, en síntesis, sobre el entendimiento de que las dificultades para atender las solicitudes de suministro en firme invocadas como fundamento del acto impugnado, siendo de carácter puramente comercial no constituyen verdaderas razones de interés general, y que, por tanto, lo que hace es preservar situaciones que puedan configurar el abuso de una posición dominante, *"como ocurre con las medidas adoptadas en relación con la facultad que se reconoce al productor de gas en cuanto queda habilitado para vender dos veces su producción a compradores diferentes, y celebrar contratos sin tener el producto que ofrece suministrar"*. (Se destaca).

En primer lugar, encuentra la Comisión que aún si las dificultades para atender las solicitudes de suministro en firme de gas fueran de carácter puramente comercial, esto no restaría a las mismas el interés general que lleva implícito el comercio.

⁷ En este sentido lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de Octubre 19 de 1994, Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Nichols.

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

Resulta absurdo desconocer que las razones comerciales que involucran el interés tanto de los oferentes como de los consumidores, carezcan de interés general, cuando precisamente desde el siglo pasado, cuando se concibió que el Estado debe intervenir la economía, se ha considerado que el comercio y las condiciones comerciales involucran el interés general.

Por otro lado, como se dejó establecido en los antecedentes del acto impugnado, fue la situación existente que se evidenció en la capacidad de producción, según la información reportada por las empresas, lo que llevó a flexibilizar las exigencias de respaldo físico con el fin de que se puedan atender, acorde con esa situación existente, las solicitudes de gas, y no como pretende la solicitante que el fin haya sido el de preservar situaciones que puedan constituir abuso de posición dominante.

Por lo demás, como quedó demostrado en el numeral 5.2.3 anterior, las supuestas razones que ACOLGEN invoca como constitutivas de abuso de posición dominante, consistentes en haber habilitado a los productores para vender dos veces su producción a compradores diferentes, y celebrar contratos sin tener el producto que ofrece suministrar y sin que el vendedor incurra en responsabilidad, se fundan en una interpretación errónea del acto impugnado y de la normatividad del Código Civil que rige los contratos de suministro en firme de gas.

5.5 *Análisis de las razones relacionadas con el desconocimiento del principio de irretroactividad de la ley.*

Esta razón se basa en un parecer de ACOLGEN, quien abiertamente expresa que le parece que la fórmula contenida en el artículo 2 de la resolución impugnada *"cobija a los contratos que fueron celebrados con anterioridad a la vigencia de la resolución 114, y que se encuentren en ejecución"*.

En realidad, es simplemente un parecer de la solicitante que carece de fundamento. Como se estableció expresamente en el artículo 2 del acto impugnado al que se refiere ACOLGEN, la verificación del respaldo dispuesta en esa norma aplica *"para contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme que se suscriban con posterioridad a la vigencia de la presente resolución con usuarios no regulados"*. (Se destaca).

5.6 *Análisis de las razones relacionadas con el "desconocimiento del principio de la confianza legítima en la regulación del cargo por confiabilidad"*.

En opinión de ACOLGEN, tal desconocimiento se produciría por el hecho de haber dejado a los generadores térmicos con la obligación de asegurar el suministro de combustible para tener derecho al cargo por confiabilidad y haber liberado a los productores de gas de la suya, *"al permitirles vender más contratos por encima de su capacidad de producción o de reservas, cuando se trate de contratos para atender la demanda regulada"*, *"sin tener en cuenta que con ello le quita total firmeza a los contratos con los generadores térmicos, en*

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

razón a que en caso de escasez del gas, éste se entregará en primera instancia a usuarios distintos de los térmicos”.

Se pregunta “*si el productor - comercializador de gas no está obligado a garantizar la existencia física del producto que se comprometió a entregar al generador térmico, ¿Cómo podría éste garantizar la producción de energía eléctrica cuando deba entregarla en virtud de la asignación de la energía firme, si no existe seguridad alguna en la entrega física del gas al amparo de la medida tomada por la autoridad regulatoria?*”.

En primer lugar, como se dejó establecido en el numeral 5.2.3 anterior, es incorrecta la apreciación en el sentido de que el acto impugnado le haya quitado a los productores-comercializadores la obligación de garantizar, en los contratos de suministro en firme, el suministro de un volumen máximo de gas natural sin interrupciones durante un período determinado, excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas.

Igualmente, la afirmación de que la flexibilización para vender gas destinado a la atención de los usuarios regulados, sin respaldo físico, le quita firmeza al contrato, tampoco es correcta. No se puede confundir la firmeza con el respaldo físico.

La primera, como lo define la Resolución CREG-070 de 2006 se refiere a una condición contractual en virtud de la cual el proveedor debe garantizar el suministro de un volumen máximo de gas natural sin interrupciones durante un período determinado, excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas, mientras que el respaldo físico, como lo define el artículo 6 de la resolución CREG-070 de 2006, se refiere a la existencia de física de las reservas y capacidad de producción suficientes para proveer un determinado gas.

El hecho de que algunos contratos de suministro en firme de gas se celebren sin respaldo físico no significa que quien se obliga a proveerlo no deba cumplir dicha obligación, como ya se explicó.

Por otra parte sugiere ACOLGEN que la confianza legítima se desconoce por el hecho de haber exigido primero el respaldo físico para todos los contratos de suministro en firme y luego haber autorizado que los destinados a los usuarios regulados se firmen, para comprometer unas mayores cantidades de gas sin respaldo físico, que ante una situación de racionamiento serían asignados en primer lugar, afectando los celebrados con respaldo físico.

Este argumento pretende establecer una supuesta confianza legítima sobre una grave inconsistencia, consistente en suponer que ante la exigencia de celebrar contratos de suministro en firme de gas con respaldo físico, dicho respaldo lo habrían destinado prioritariamente los productores-comercializadores para contratar con la demanda de generación térmica y que las distribuidoras de gas solo podrían contratar el remanente. La resolución CREG-070 de 2006 no dio señal alguna en sentido.

Por el contrario, la normatividad vigente cuando se expidió el acto impugnado ya disponía que “es responsabilidad de los Productores-Comercializadores,

5

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

Comercializadores y de los transportadores priorizar el volumen y/o la capacidad de transporte de gas natural, cuando se presenten insalvables restricciones en la oferta de gas natural o situaciones de grave emergencia, no transitorias, incluyendo las de racionamiento programado que impidan garantizar el abastecimiento de la demanda, conforme a los lineamientos señalados en el presente decreto, en armonía con las disposiciones regulatorias aplicables" (Se destaca), en cuyos lineamientos ya se expresaba que ante racionamientos se deben priorizar los contratos de suministro en firme para atender la demanda regulada, como lo dispuso el Decreto 1484 de 2005.

5.7 Análisis de las imputaciones en cuanto a que "la resolución CREG 114 no define el período durante el cual se aplicará la medida transitoria".

Afirma ACOLGEN que dado que la intervención del Estado a través de la regulación tiene carácter excepcional, el acto impugnado debe tener una vigencia puramente transitoria, para lo cual la CREG no definió de manera concreta, "el tiempo de duración de las medidas tomadas".

En primer lugar debe señalarse que de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política y las leyes 142 y 143 de 1994, así como según la doctrina de la Corte Constitucional, la función de regulación del servicio público de electricidad, como mecanismo de intervención, es de carácter permanente y no excepcional como lo sugieren los solicitantes.

En otras palabras, regular un servicio es intervenir en el mismo, de tal manera que cuando la CREG regula en los términos del Artículo 14.18 de la Ley 142 de 1994 y en ejercicio de cualquiera de las facultades expresas que le atribuyen las leyes 142 y 143 de 1994, está ejerciendo un mecanismo de intervención, y no como lo sugieren los solicitantes, que la intervención se de excepcionalmente sólo para algunos casos y que, por tanto, la intervención realizada mediante la Resolución CREG-114 de 2006 sea de carácter excepcional.

No es posible, por tanto, confundir el carácter transitorio que le imprimió la propia CREG al acto impugnado, teniendo en cuenta las causas que originaron su expedición, con un supuesto carácter puramente excepcional de la regulación.

En segundo lugar, no es correcto pretender, como lo propone ACOLGEN que una norma solamente revista carácter transitorio cuando se definan fechas expresas en el tiempo. Esa es solamente una forma de definir un periodo de tiempo, pero también resulta válido definir un periodo con referencia a condiciones, como lo hizo la norma impugnada: "Desde la vigencia de la presente Resolución hasta que la capacidad de producción sea suficiente para respaldar físicamente la totalidad de los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme".

Este último hecho, aunque en tanto futuro e incierto refleja incertidumbre en el cuándo, es susceptible de determinación, como se dejó expuesto en el Documento CREG-107 de 2006.

7

5

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

5.8 *Análisis de la imputación referente a que “la solución propuesta no busca resolver la causa del problema, por el contrario, la agrava”.*

En este acápite ACOLGEN reitera sus argumentos relacionados con la posición dominante de los productores-comercializadores y con las consecuencias que atribuye al hecho de permitir contratar suministro de gas en firme sin respaldo físico, que fueron analizadas en los numerales anteriores.

En opinión de ACOLGEN si el problema que pretendió resolver la CREG está en la oferta, porque la capacidad de producción es inferior a la demanda, debió adoptar medidas que deberían incentivar *“el aumento de las facilidades de producción o, en últimas, limitar la atención de solicitudes de suministro para atender la demanda, para, de esa manera, poder ajustarla a la capacidad de producción existente”*, o que si el problema que se quería resolver era de *“la existencia de compromisos contractuales que no se pueden cumplir por falta de la capacidad de producción por parte de los productores - comercializadores de gas, como consecuencia de haberse sobre contratado, lo que se debería hacer es señalar a los responsables de no haber adelantado las acciones necesarias para el aumento de la producción, estando obligado a ello, además de establecer si ha existido abuso de la posición dominante”*.

En este mismo punto manifiesta su inconformidad con los argumentos expuestos en el numeral 3.2 y 3.6 del Documento 114 de 2006, *“en el que concluye que se debe dejar en manos de la negociación bilateral la definición de las compensaciones y multas, con olvido de la posición que ostenta una de las partes que intervienen en la contratación, como se dejó señalado anteriormente”*.

En estricto sentido el problema que pretendió resolver la CREG fue el de las dificultades existentes que se evidenciaron para la atención de las solicitudes de suministro de gas en firme con respaldo físico, tal como quedó expuesto en el Documento CREG-107 de 2006. No fueron otros problemas, como especula ACOLGEN. Y entiende la Comisión que las medidas adoptadas fueron adecuadas para resolver ese problema específico.

Por otro lado, nótese que la misma norma adoptada por la CREG parte del supuesto de que la medida regirá hasta que la capacidad de producción sea suficiente para respaldar físicamente la totalidad de los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme, porque se confía que esta situación se logre, en tanto considera la Comisión que están dadas en la regulación, distinta del acto impugnado, las condiciones regulatorias para lograr dicha situación.

El hecho de que el acto impugnado no contenga todas las medidas orientadas a incentivar el incremento de la capacidad de producción no significa que no existan en la regulación, como lo plantea ACOLGEN.

Finalmente, no considera acertado la Comisión pretender que la regulación sea el único mecanismo para definir las compensaciones y multas, cuando una de las partes ostenta posición dominante en el mercado; ésta quizás puede ser el más facilista, pero no el único.

En el ordenamiento jurídico existen distintos mecanismos, como las acciones judiciales y los arbitramentos, entre otros, que no solamente permiten deducir

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

responsabilidad por los daños causados con el abuso de posición dominante y el incumplimiento del contrato, sino para determinar y valorar los perjuicios que se deben indemnizar, y que funcionan con independencia de la posición que ostente el responsable del daño causado.

5.9 Análisis de la supuesta "inequidad entre tipos de usuarios de gas".

En opinión de ACOLGEN, la discriminación resulta del hecho de permitir que para atender la demanda regulada se suscriban contratos de suministro en firme de gas sin que se disponga de capacidad de producción adicional, lo que desplaza la demanda no regulada por la aplicación del decreto 1484 de 2005, sin compensación económica alguna y *"sin que se advierta una justificación que sustente este tratamiento"*.

Por su parte, TERMOCANDELARIA considera que la desigualdad en el trato se presenta porque a medida que vayan venciendo los contratos vigentes que tienen los generadores no podrán contratar el gas que requieren para su operación, si no hay respaldo físico; que el Decreto 880 de 2007 prioriza la atención de la demanda venezolana, ante lo cual es necesario que *"la función regulatoria propenda por mantener la equidad entre los sujetos pasivos de la regulación, condición que en este momento no se da por cuanto hay un desequilibrio a favor de tres actores, Venezuela, el mercado regulado y el productor en desmedro de un sector necesario y vital para la economía del país como el sector eléctrico"*.

Como lo dejó ampliamente expuesto la CREG en los distintos Documentos que contienen la propuesta regulatoria sobre las medidas adoptadas en materia de contratación de suministro de gas, especialmente el Documento CREG-040 de 2006, existen importantes diferencias entre la demanda no regulada y la regulada, que ameritan tratamiento distinto.

En primer lugar, la demanda no regulada que consume gas para generación térmica tiene distintas posibilidades de sustitución del producto, que no las tiene la demanda regulada.

En segundo término, permitir que el usuario no regulado que destina el gas para generación térmica lo contrate sin respaldo físico, puede poner en riesgo la confiabilidad en el suministro de servicio de energía eléctrica.

En tercer lugar, cualquiera que sea el combustible que contrate el generador térmico que garantice su energía firme, le permite obtener la respectiva remuneración del cargo por confiabilidad, lo que lleva a concluir que la regulación de la CREG remunera al generador la utilización de cualquier combustible distinto del gas. Dichos incentivos no existen para la demanda regulada por la escasa posibilidad de sustitución.

Por otro lado, la prioridad en la asignación de los contratos ante eventuales racionamientos de gas no la dispuso el acto impugnado, sino los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional. Igual sucede con el Decreto al que TERMOCANDELARIA atribuye la priorización de la atención de la demanda de

7

7

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

gas venezolana. Estos son aspectos que escapan a la función de regulación de la CREG y al alcance del acto impugnado.

Las anteriores razones son las que justifican que mediante el acto impugnado se haya permitido la posibilidad de contratar suministro de gas sin respaldo físico, únicamente para atender la demanda regulada.

5.10 Análisis de las razones sobre restricción del mercado secundario de gas.

Según ACOLGEN, *“con la medida adoptada, la demanda regulada preferirá acudir directamente al productor de gas, quien a pesar de estar sobre contratado, le garantizará prioridad en la atención de su demanda por efectos de la aplicación del decreto 1484 de 2005, usando para ello el gas contratado con anterioridad por los generadores térmicos y sin obligación alguna de resarcir los potenciales perjuicios que se generen por el incumplimiento en el suministro contratado”, y por ello la resolución impugnada “lejos de incentivar el mercado secundario, lo que logran es reducirlo y limitarlo”.*

En opinión de TERMOCANDELARIA, *“el Generador debe contratar su gas para asegurar un ingreso en el Cargo por Confiabilidad, pero por precios marginales no es seguro que se despache en el día a día (es decir, tiene el gas pero no lo quema). En contrario, el Distribuidor no tiene el gas, porque ya estaba contratado con el Generador, pero lo requiere comercializar, es decir que esta dispuesto a comprarlo a quien detente la propiedad, es decir que existía un mercado para el gas que legítimamente compro en generador”, y que “la resolución CREG 114 interviene dicho mercado, al hacer un bypass entre el Productor (Quien ya había recibido un precio por el gas por parte del generador) y el Distribuidor (quien ahora no requiere del generador dueño del gas inicialmente) y permitiendo por vía de regulación que se venda dos veces el mismo producto”.*

En primer lugar, debe señalarse que tal como se dejó expuesto en el Documento CREG-107 de 2006, ante la dificultad que se evidenció para atender las solicitudes de suministro en firme de gas, se analizó la utilización del mercado secundario para lograr la atención de dichas solicitudes, pero se encontraron serias dificultades, tales como el hecho de que por las previsiones contractuales acordadas entre ECOPEPETROL y los generadores se deba modificar el punto pactado para la entrega del gas; que la libertad de precios en el mercado secundario que podría exponer a la demanda regulada a altos precios; y que los productores-comercializadores no puedan competir en dicho mercado.

Las anteriores razones explican por qué la Comisión a través de acto impugnado optó por una alternativa distinta de incentivar el mercado secundario para atender las solicitudes de suministro en firme de gas.

Ahora bien, si el problema que advierte ACOLGEN es simplemente de preferencias del usuario por uno u otro mercado, ese es un derecho que la ley le garantiza al usuario y que la CREG no puede limitar.

En cuanto se refiere a las observaciones de TERMOCANDELARIA, sobre el hecho de que se esté restringiendo la venta en el mercado secundario de un gas

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

que es de propiedad de los generadores por el solo hecho de haberlo comprado, parten de una afirmación jurídicamente incorrecta, porque en el ordenamiento jurídico colombiano el contrato de compraventa no trasmite el dominio de las cosas vendidas, sino que simplemente genera la obligación de transferir el dominio de la cosa vendida (Art. 1849 del Código Civil), y para que el comprador se haga dueño de la cosa comprada se requiere la tradición, regulada en los artículos 740 y siguientes del código civil.

En cuanto se refiere a la afirmación de ACOLGEN de que los productores-comercializadores puedan vender dos veces el mismo gas, e incumplir los respectivos contratos sin incurrir responsabilidad, como ya se dejó analizado en esta Resolución, carece de fundamento.

5.11 Análisis de las razones relacionadas con la conversión de las plantas que utilizan gas para utilizar otros combustibles y la respectiva remuneración.

Según TERMOCANDELARIA, *“las señales regulatorias incentivando la conversión del parque de generación de electricidad, introducen otro tema de preocupación, ya que para el generador que opte por la conversión, no es claro si va a ser remunerado a todo su costo cuando sea ejercida la obligación de entregar su energía firme, mediante la activación del precio de escasez. En este sentido, el panorama es aun más oscuro, por cuanto no se tiene el contrato de gas, por cuanto el Productor — Comercializador no lo suscribe, y cuando va a generar con Diesel, no se le reconocen todos los costos y en consecuencia generaría a pérdida”*.

Sobre este punto basta mencionar dos aspectos:

- a) La posibilidad de utilización de combustibles distintos al gas natural para la generación de energía y para acceder a la asignación de Obligaciones de Energía Firme y su respectiva remuneración, no solamente está prevista integralmente en la regulación del Cargo por Confiabilidad, sino que es una realidad. En la asignación efectuada para el periodo 2006-2007, varios agentes optaron por dicha alternativa, inclusive la propia TERMOCANDELARIA, quien finalmente no la ejecutó porque no tomó las respectivas garantías que el Banco puso a su disposición.
- b) El acto impugnado nada define sobre la remuneración de la energía asociada a las Obligaciones de Energía Firme, razón por la que son impertinentes las razones de TERMOCANDELARIA a este respecto.

5.11.1 Análisis de las razones relacionadas con supuestas irregularidades en el trámite de la expedición del acto impugnado.

En síntesis, TERMOCANDELARIA deduce del hecho de que el término para intervenir en el proceso de expedición del acto impugnado haya vencido el 21 de diciembre y que el documento que contiene el análisis de las intervenciones recibidas sea del día siguiente, la CREG no analizó con la profundidad que, según la impugnante, merecía el tema. Y por otro lado, que en tanto el acto

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

impugnado difiere del proyecto que inicialmente se hizo público con la Resolución CREG-103 de 2006, demuestra los agentes no pudieron opinar sobre el contenido de dicha resolución porque no era conocido, ni fue consultado por la Comisión.

En primer lugar, el documento CREG-114 de 2006, a que se refiere el impugnante, contiene de manera completa, clara y concisa, los resultados de los análisis efectuados por la CREG sobre todas las intervenciones recibidas, lo cual cumple con las exigencias del Decreto 2696 de 2004.

En estricto sentido lo que exige este Decreto es que el respectivo documento contenga las razones por las cuales se aceptan o rechazan las propuestas formuladas y podrá agrupar las observaciones, sugerencias y propuestas alternativas en categorías de argumentos, y estos requisitos se cumplieron sustancialmente en el caso del documento CREG-114 de 2006.

En cuanto a lo relacionado con el hecho de que la resolución CREG-114 de 2006 difiera del proyecto publicado, es apenas el resultado lógico de haber oído y analizado las sugerencias y comentarios formulados por los agentes, cuya conveniencia aceptó la CREG. El Decreto 2696 de 2004 no exige publicar un segundo proyecto con las decisiones que finalmente se adoptarán.

Desde el punto de vista sustancial, lo que busca el mencionado Decreto es la efectiva participación de los agentes y el hecho de que el proyecto inicialmente publicado haya sido modificado, entre otras razones, por los comentarios y sugerencias recibidos durante ese proceso de participación democrática, lejos de demostrar que no hubo suficiente participación, lo que indica es que el proceso de participación fue efectivo.

5.11.2 Conclusión

Finalmente, se concluye que las razones en que se fundamentan las solicitudes bajo estudio no constituyen ninguna de las causales previstas en la ley, para proceder a la revocatoria del acto administrativo, razón por la cual serán denegadas.

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No. 334 del 21 de junio de 2007, acordó expedir la presente Resolución;

R E S U E L V E:

ARTÍCULO 1o. Negar las solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006, presentadas por la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica, ACOGEN, y por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y Termocandelaria S.C.A. E.S.P, intervinientes en la misma actuación, por las razones señaladas en este acto.

ARTÍCULO 2o. La presente Resolución deberá notificarse personalmente a la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica, ACOGEN, a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y a Termocandelaria S.C.A. E.S.P, a

Por la cual se decide solicitudes de revocatoria directa de la Resolución CREG-114 de 2006

quienes se les hará saber que contra este acto no procede recurso alguno en la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. C., el día 2 1 JUN. 2007



MANUEL MAIGUASHCA OLANO
Viceministro de Minas y Energía
Delegado del Ministro de Minas y
Energía



CAMILO QUINTERO MONTAÑO
Direct