



**Comisión de Regulación
de Energía y Gas**

**DISPOSICIONES TRANSITORIAS SOBRE
CONTRATACIÓN DE TRANSPORTE DE GAS**

DOCUMENTO CREG-050A
11 DE JULIO DE 2016

**MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE
REGULACIÓN DE ENERGÍA Y
GAS**

DISPOSICIONES TRANSITORIAS SOBRE CONTRATACIÓN DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL

1. Alcance de las funciones regulatorias por parte de las comisiones de regulación

La actividad de transporte de gas natural corresponde a una actividad complementaria dentro de la prestación del servicio público domiciliario de gas natural, la cual se encuentra sujeta a los mandatos constitucionales y legales previstos en el artículo 365 de la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994.

En virtud de la ley en mención, la CREG es la encargada de determinar la regulación económica del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible y de la actividad complementaria de transporte de gas natural, mereciendo especial mención los artículos 35, 68, 73.11, 73.20, 73.22, 74.1, 87, 88.1, 90, 91, 92, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994. De igual forma, la Ley 401 de 1997 establece que el gas combustible que se transporte por red física a todos los usuarios del territorio nacional se regirá por las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994, con el propósito de asegurar una prestación eficiente del servicio público domiciliario.

En relación con lo consagrado en estas disposiciones, allí se ha dispuesto que le corresponde a la CREG ejercer la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad, para lo cual puede, entre otras, proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado, conforme a los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994.

Así mismo, establece la Ley que esta Comisión debe establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, con sujeción a los criterios que según dicha ley deben orientar el régimen tarifario, para lo cual puede establecer topes máximos y mínimos de tarifas, conforme a los artículos 73.11, 73.22 y 88 de la Ley 142 de 1994. La definición de estas tarifas debe considerar los criterios tarifarios previstos en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y la mismas no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente por parte de las empresas.

En este sentido, la regulación de la CREG tiene un marco normativo superior, el cual orienta el ejercicio de la facultad regulatoria y la prestación de los servicios públicos domiciliarios al cumplimiento de los fines constitucionales y legales, siendo esta normativa la que ordena los contenidos y formas que deben ser adoptados por la Comisión en sus resoluciones.

Ahora, en relación con el alcance de estas disposiciones y atribuciones regulatorias, incluidas aquellas en materia tarifaria y demás instrumentos de intervención en el mercado, se debe tener en cuenta que el ejercicio de dichas facultades ha sido considerada como una forma de intervención estatal en la economía a fin de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible y el adecuado funcionamiento del mercado, corrigiendo los errores de un mercado imperfecto, delimitando el ejercicio de la libertad de empresa, promoviendo y preservando la sana y transparente competencia, protegiendo los derechos de los usuarios, así como de evitar el abuso de la posición dominante, entre otras. Es por esto que las facultades regulatorias previstas en los artículos 73 y 74.1 de la Ley 142 de 1994 deben sujetarse al cumplimiento de los fines y principios de orden constitucional y legal en materia social y económica¹ previstos en dichas normas, garantizando la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado.

En este mismo sentido, la jurisprudencia constitucional y administrativa ha brindado elementos en relación con el alcance de dichas atribuciones, por lo que ha considerado que el ejercicio de esta función regulatoria busca dar cumplimiento a los fines sociales del Estado², la corrección de las imperfecciones del mercado³, así como la satisfacción del interés general⁴. Así mismo, se debe considerar que los servicios públicos domiciliarios tienen una relación inescindible entre su prestación eficiente y la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, de lo cual se entiende que su prestación ineficiente puede acarrear en la vulneración de un derecho fundamental, ya que su prestación eficiente asegura condiciones de vida digna de todos los habitantes del territorio nacional⁵.

Así mismo, el ejercicio de una atribución regulatoria implica un análisis de las disposiciones legales que las contienen, las cuales se encuentran principalmente en las leyes 142 y 143 de 1994. Es por esto que, la aplicación de las disposiciones donde se encuentren normas relacionadas con el ejercicio de estas facultades regulatorias no se debe hacer de manera aislada o que su aplicación se remita a su contenido literal y expreso, sino que por el contrario, cualquier disposición ha de ser entendida de forma integral, concordante y sistemática junto con aquellas normas que consagran los criterios tarifarios en materia de servicios públicos domiciliarios previstos en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, los principios constitucionales (C.P. artículo 365) y legales en materia de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994 artículos 1 a 14), así como los principios constitucionales

¹ Ver entre otras las sentencias de la H. Corte Constitucional C-150 de 2003, C-1162 de 2000, C-186 de 2011.

² Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2006.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003, C-1120-05 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera, Consejero ponente: doctor: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009), Núm. Rad.: 11001 032400020040012301

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-2010 de 2008.

⁵ Estos mecanismos de intervención en el mercado de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por parte de las comisiones de regulación, consagrados en las leyes 142 y 143 de 1994, han de considerarse entonces como mecanismos de racionalidad diseñados por el legislador, los cuales se encuentran constitucionalmente protegidos y cuyo uso está dirigido al cumplimiento de estos fines y objetivos.

(C.P. artículos 209) y legales (Ley 1437 de 2011 artículo 3) que guían las actuaciones administrativas de esta Comisión⁶. Esto teniendo en cuenta que el artículo 13 de la Ley 142 de 1994 establece que “los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten”.

En este sentido, dentro de las actuaciones administrativas y demás decisiones que se adopten por parte de esta Comisión, para dar cumplimiento a estos fines y objetivos, la correcta aplicación de los criterios en materia tarifaria, así como su aplicación armónica con los principios constitucionales⁷ y legales⁸ en materia de servicios públicos, debe existir una convergencia entre los intereses colectivos que persigue la prestación de los servicios públicos, como aquellos intereses de las empresas en relación con la competencia, la iniciativa privada y la libertad de empresa, entendidas como la existencia de “*relaciones jurídicas de equilibrio entre usuarios y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios*”⁹.

Por lo tanto, esta convergencia a través de los mecanismos regulatorios debe garantizar el equilibrio entre la libertad económica (incentivo económico), la promoción de intereses colectivos concretos y la prestación de servicios públicos, es decir, la regulación ha de propender por hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas¹⁰.

⁶ En relación con el alcance con la que cuenta la CREG en ejercicio de sus facultades regulatorias, incluyendo aquella en materia tarifaria la H. Corte Constitucional en Sentencia C 150 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa dispuso lo siguiente:

“Los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado social y democrático de derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad. La primera clase comprende los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos. La segunda clase abarca los fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos.

La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado. En este orden de ideas, pasa la Corte a analizar los fines que en cada caso se persiguen y los criterios constitucionales que guían la acción del Estado para alcanzarlos (...).”

⁷ Artículos 365 a 370

⁸ Ley 142 de 1994, Arts. 1 a 12.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 075 de 2006

¹⁰ Adicionalmente de lo expuesto por parte de la Corte Constitucional en Sentencia C-353 de 2006, se debe tener en cuenta que como antecedente en relación con la aplicación de las normas en materia de servicios públicos domiciliarios y el ejercicio de las facultades regulatorias que ejercen las comisiones de regulación las siguientes consideraciones expuestas por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-150 de 2003:

Este análisis en relación con el alcance y entendimiento que debe hacerse al ejercicio de las facultades regulatorias por parte de las comisiones de regulación en materia de servicios públicos domiciliarios, como de las disposiciones que en esta materia contiene la Ley 142 de 1994, ha sido expuesto por parte de la jurisprudencia constitucional, en el caso del análisis de constitucionalidad del artículo 74 de la Ley 142 de 1994 (normas y tratamientos diferenciales de los agentes según su posición en el mercado), donde se ha precisado que dichas funciones se deben ejercer dentro del marco fijado en la Constitución, la Ley y el reglamento, lo cual no excluye la posibilidad de dictar actos administrativos para asegurar una prestación eficiente de los servicios. En relación con esta consideración la jurisprudencia reciente en materia constitucional ha consagrado lo siguiente:

“Por último, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 consagra un catálogo amplio y detallado de las (26) funciones y facultades generales atribuidas a las Comisiones de Regulación para el cumplimiento de las tareas asignadas, con el objeto de (i) regular los monopolios cuando la competencia no sea posible, (ii) promover la competencia entre los prestadores de servicios públicos, (iii) garantizar que las operaciones sean económicamente eficientes, (iv) evitar abuso de la posición dominante y (v) asegurar servicios de calidad

Los fines y parámetros a los que aluden estas normas, antes que genéricos e indeterminados, comprenden una enunciación detallada y concreta dirigida al cumplimiento de las metas de la regulación en servicios públicos. Metas que, según ha reconocido la jurisprudencia constitucional, no son exclusivamente económicas sino que también buscan asegurar ‘la compatibilidad de un mercado eficiente con los principios del Estado social de derecho, dentro de una democracia participativa en la cual los derechos de todos los usuarios sean efectivamente protegidos y garantizados’.

(...) Como puede notarse, la regulación emanada del Congreso de la República sí contiene “criterios inteligibles” que establecen de manera clara el marco de intervención del Estado y específicamente de las autoridades administrativas¹¹.

(i) En primer lugar, las normas referidas identifican los fines que han de guiar a las Comisiones de Regulación y que, contrario a lo propuesto por los accionantes, no están circunscritos únicamente a la corrección de fallas en el mercado, sino que comprenden también una adecuada y eficiente prestación de los servicios a todos los habitantes del territorio nacional, propósito inherente a la función social del Estado (arts. 2, 74.1 y 74.2 de la Ley 142 de 1994).

(ii) En segundo lugar, el Legislador ha definido también las prestaciones o derechos que busca proteger con las reglas de comportamiento diferencial, los cuales se proyectan tanto para proteger a las empresas participantes en el mercado como a los usuarios del sector, a saber: estimular la libertad de competencia, evitar abuso de posición dominante y asegurar a los usuarios la prestación de servicios públicos de calidad (arts. 11 y 73 Ley 142 de 1994).

(iii) En tercer lugar, las medidas previstas –y a la vez sus límites– no son otras que las que se derivan de las competencias generales y especiales atribuidas a las Comisiones de Regulación (arts. 3, 73 y 74); lo que hace la ley es simplemente autorizar que se fijan requisitos o exigencias de acuerdo con la posición de las empresas en el mercado (régimen

¹¹ Ibidem.

tarifario, condiciones de prestación de servicio, metas de eficiencia, cobertura, calidad y evaluación, entre otras), ninguna de las cuales puede ser distinta de las competencias previamente otorgadas.

(iv) Por último, la Ley 142 de 1994 aclara que 'todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta Ley', y añade que los motivos invocados 'deben ser comprobables' (art. 3). En esa medida, además de los límites competenciales anotados, existen restricciones de orden fáctico que impiden a las autoridades obrar de manera arbitraria -como se sostiene en la demanda-, al tiempo que brindan la posibilidad de recurrir las decisiones o de ser necesario acudir a instancias judiciales para controlar eventuales excesos".¹² (Subrayado fuera de texto)

Dicho análisis en relación con el entendimiento y el alcance que se debe hacer de las facultades regulatorias asignadas a esta Comisión por parte de la Corte se entiende extensivo a las demás facultades incorporadas a la CREG en el marco de la Ley 142 de 1994, como es el caso del numeral 18 del artículo 14, el cual establece que la regulación implica la facultad de dictar normas de carácter general para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la Ley y los reglamentos.

En esta misma línea, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto para orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso, como para permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. De esto hace parte igualmente el seguimiento del comportamiento de los agentes, a fin de orientar sus actividades dentro de los fines perseguidos en materia de servicios públicos, de acuerdo con lo previsto en la Ley 142 de 1994¹³.

Es por esto que la facultad de regular implica tener en cuenta las dinámicas condiciones del mercado y las necesidades propias de cada sector. Las medidas que se adopten deben atender dicha dinámica, realizando los ajustes a que haya lugar dentro del marco de competencias definido por la ley y teniendo en cuenta los hechos previamente comprobados.

2. Análisis de la propuesta. Fines y objetivos de las disposiciones transitorias previstas en el artículo 4 de la Resolución CREG 090 de 2016

En la nueva propuesta de metodología para remunerar la actividad de transporte de gas natural se plantea que el 90% de la capacidad de los tramos de gasoductos la comercialice el transportador directamente con sus remitentes, y el 10% se comercialice mediante instrumentos de corto plazo, que definirá la Comisión en resolución aparte como parte de las reglas de comercialización de capacidad de transporte. Así mismo se propone remunerar el 10% de la capacidad a través de un cargo estampilla que asume toda la demanda del respectivo sistema y el 90% restante de la capacidad se remunera a través de cargos por distancia.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2013.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

La comercialización del 10% de la capacidad de cada tramo de gasoducto mediante mecanismos de corto plazo propende por: (i) mayor liquidez en el mercado de capacidad de transporte; (ii) mayor liquidez en el mercado secundario de suministro de gas; (iii) prevenir posibles acaparamientos de capacidades de transporte; (iv) facilitar la coordinación entre el suministro y el transporte para los participantes del mercado que adquieran gas en el mercado de corto plazo, y (v) garantizar el acceso y la prestación del servicio público domiciliario. Estos propósitos están en concordancia con las reglas aplicables al mercado mayorista de gas natural, adoptadas mediante la Resolución CREG 089 de 2013 y aquellas que la modifiquen.

La comercialización del 10% de la capacidad de transporte mediante instrumentos de corto plazo aplicará cuando entren en vigencia los cargos aprobados con la nueva metodología. Adicionalmente, el transportador recaudará los ingresos obtenidos a través de esta comercialización y trasladará a los remitentes, vía tarifa, la diferencia entre los ingresos obtenidos con la estampilla que remunera el 10% de la capacidad y los ingresos obtenidos de la comercialización del 10% de la capacidad. Con esta regla el transportador siempre obtendrá el ingreso esperado asociado a la estampilla que remunera el 10% de la capacidad.

Para la aplicación de la anterior medida es necesario establecer medidas regulatorias que permitan al mercado mayorista de gas disponer de hasta el 10% de la capacidad de cada tramo al momento de aprobar los nuevos cargos regulados. Dichas medidas deben dar señales en materia de contratación de capacidad de transporte tendientes a que cuando entren en vigencia los nuevos cargos regulados haya capacidad disponible, hasta el 10% de la capacidad de cada tramo, para comercializar mediante mecanismos de corto plazo.

Es por esto que atendiendo las consideraciones expuestas en relación con el alcance de las facultades regulatorias con las que cuenta esta Comisión, las medidas regulatorias transitorias incorporadas en el artículo 4º de la Resolución CREG 090 de 2016 en relación con la gestión y ejecución contractual de los agentes en el mercado de transporte de gas natural, corresponden a un instrumento de intervención en el mercado orientado a dar cumplimiento a los fines (sociales y económicos) a los que se ha hecho referencia.

Lo anterior, toda vez que estas medidas están dirigidas a que el mercado cuente con herramientas eficaces que permitan la implementación de la nueva metodología de transporte de gas natural en relación con el instrumento tarifario relativo a la capacidad de corto plazo.

Dicho instrumento ha de permitir al mercado de transporte de gas natural contar con una mayor liquidez y en este sentido, que la demanda en general cuente con capacidad libre y disponible de transporte, a fin de dar cumplimiento a los objetivos planteados en la metodología con respecto a la posibilidad de prevenir posibles acaparamientos de capacidad de transporte y facilitar a los participantes del mercado conseguir transporte para sus contratos de suministro de gas natural, garantizando la continuidad en la prestación del servicio público domiciliario en condiciones de eficiencia de acuerdo con los mandatos de la Ley 142 de 1994.



Así mismo, desde el punto de vista económico y de mercado, se busca que estas medidas regulatorias no afecten los criterios de eficiencia y suficiencia financiera previstos en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 dentro de la actividad de transporte de gas natural, ya que las disposiciones transitorias que se incorporan en relación con la gestión contractual de los agentes y los ajustes que se deben realizar en la ejecución de los contratos, no afectan la remuneración del transportador.

Ahora, se ha reconocido jurisprudencialmente que en materia de servicios públicos domiciliarios la libertad contractual está sujeta a especiales restricciones, incluida las medidas expedidas por parte de las comisiones de regulación, razón por la cual la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de los agentes debe perseguir no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común, el cual está directamente ligado a la medida regulatoria que se incorpora y los fines sociales y económicos que esta persigue. Es por esto que la intervención de la regulación se debe realizar con el fin de controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes. En relación con lo anterior la Corte expresó:

"Los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos en general llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación. Esta facultad se desprende a su vez de la amplia libertad de configuración de legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos, la cual ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional.

(...)

La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley.

La intervención estatal en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de las libertades económicas no tiene que hacerse directamente por medio de la ley, pues precisamente el artículo 334 constitucional señala que el Estado intervendrá "por mandato de la ley (...) en los servicios públicos y privados", en esa medida corresponde a la ley definir las finalidades, los instrumentos y las facultades de la intervención del órgano regulador."¹⁴

Esto más aún cuando la Ley 142 de 1994 ha establecido que la interpretación de los contratos en materia de servicios públicos se debe hacer de la forma que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios, donde en el caso de la primera, ésta se encuentra directamente ligada a la medida regulatoria transitoria que se incorpora. El artículo 30 de la norma en cita expone lo siguiente:

"Artículo 30. Principios de interpretación. Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-136 de 2011.

ly

preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y **que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.**" (Resaltado fuera de texto)

En este mismo sentido, la iniciativa privada y la libre competencia dentro del marco de la prestación de los servicios públicos, principios que están ligados a la libertad contractual que desarrollan los agentes, están dirigidos a dar cumplimiento a la prestación eficiente del servicio, lo cual genera que la intervención del Estado en esta materia sea más estricta, lo cual incluye las medidas regulatorias que se expiden por parte de esta Comisión. En relación con lo anterior ha expuesto la Corte:

"En lo concerniente a los servicios públicos, la intervención económica adquiere una finalidad específica, consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación, y tiene un soporte constitucional expreso en el artículo 334 de la Carta. Pero, 'adicionalmente, en tal materia el Estado dispone de especiales competencias de regulación, control y vigilancia, pues tal prestación se considera inherente a la finalidad social del Estado, por lo cual es deber de las autoridades asegurar que ella sea eficiente y cobije a todos los habitantes del territorio nacional'. Así, por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, 'la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control'."¹⁵

En este punto y como ha precisado la H. Corte Constitucional, las atribuciones con las que cuentan las comisiones de regulación y los fines que las orientan, no están circunscritos únicamente a la corrección de fallas en el mercado, sino que también deben dar cumplimiento a una adecuada y eficiente prestación de los servicios a todos los habitantes del territorio nacional, propósito inherente a la función social del Estado.

Es por esto que la intervención del regulador supone una restricción de la autonomía privada en el marco de su gestión contractual y la ejecución de los contratos mediante los parámetros de conducta que se incorporan en el artículo 4 de la Resolución CREG 090 de 2016. Sin embargo, tal medida se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley, lo cual no se debe entender como una "censura al éxito empresarial de las empresas y los agentes"¹⁶, sino que por el contrario, corresponde a lo que la Corte ha denominado "un mecanismo de racionalidad instrumental diseñado para adoptar con celeridad los ajustes técnicos requeridos en un mercado donde la libre competencia y la iniciativa privada se encuentran constitucionalmente protegidas, pero cuyo fin último es la prestación eficiente y adecuada de servicios públicos."¹⁷

Se advierte entonces por parte de esta Comisión la necesidad y razonabilidad de que las medidas regulatorias transitorias que se incorporan se expidan de manera definitiva y simultáneamente con la propuesta a consulta de la metodología de remuneración de la

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2011.

¹⁶ Corte Constitucional C-263 de 2013.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2013.

actividad de transporte de gas natural. Esto, no solo porque tienen directa relación y se encuentran ligadas con la capacidad de corto plazo, sino que las medidas que aquí se incorporan puedan considerarse como un aspecto metodológico, sino con el fin de contar con herramientas eficaces que permitan su implementación, así como su correcta aplicación en el marco de la metodología de transporte de gas natural.

Es por esto que su expedición en un momento posterior, atendiendo la señal de corto plazo expuesta en la metodología o que la vigencia de estas medidas transitorias y su aplicación no se lleve a cabo de forma inmediata, puede generar un incentivo negativo de acuerdo con la gestión contractual que lleven a cabo los agentes, lo cual haga que dicha capacidad de corto plazo como instrumento tarifario se haga inviable e imposibilite su ejecución. Es decir, esta medida regulatoria existiría en el marco de la metodología de remuneración de la actividad de transporte de gas natural, sería válida, pero carecería de toda eficacia jurídica, bajo el entendido que la eficacia de una norma alude al grado de aceptación y cumplimiento de la misma en la sociedad¹⁸.

Es así que las medidas regulatorias incorporadas en el artículo 4 de la Resolución CREG 090 de 2016 se han de expedir bajo el carácter de normas de orden público de carácter taxativo o de obligatorio cumplimiento, atendiendo la relación que estas tienen con la voluntad de los particulares y no como normas dispositivas o que respecto de las cuales se genere dicho efecto, ya que de lo contrario generaría la imposibilidad de llevar a cabo la implementación de la herramienta regulatoria relativa a la capacidad de corto plazo y por lo tanto de dar cumplimiento a los fines y objetivos perseguidos en la nueva metodología de transporte en relación con la continuidad en la prestación del servicio, así como la prestación del mismo en condiciones de eficiencia.

La doctrina¹⁹ y la jurisprudencia²⁰ han entendido que son taxativas, aquellas que obligan en todo caso a los particulares independientemente de su voluntad, mientras que por el contrario las dispositivas, pueden dejar de aplicarse, por decisión expresa de los sujetos en una situación jurídica concreta. Así, respecto de las primeras, no resulta lícito derogarlas ni absoluta, ni relativamente en vista del fin determinado que las partes se propongan alcanzar, porque la obtención de este fin se encuentra cabalmente disciplinado por la norma misma.

De acuerdo con lo expuesto se concluye que las medidas regulatorias que se adoptan como mecanismo de intervención en el mercado de transporte de gas natural en relación con la gestión y el desarrollo contractual de los agentes, como en este caso corresponde al ajuste que se debe realizar en los nuevos contratos de transporte que se lleven a cabo por parte de los agentes, están orientadas a los fines sociales y de mercado a los que se ha hecho referencia, razón por la cual corresponden a instrumentos ajustados a lo dispuesto en el marco de la Ley 142 de 1994 en relación con la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible.

¹⁸ Hart, H. L. A, El concepto de derecho, 2012.

¹⁹ García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-213 de 2008.

3. PROPUESTA

Se propone establecer las siguientes disposiciones sobre contratación de capacidad de transporte:

- i. Si en un tramo de gasoducto definido para efectos tarifarios la capacidad disponible primaria para contratar a través de cualquier modalidad contractual, CDP_o, es mayor al 10% de la capacidad máxima de mediano plazo, CMMP, el transportador podrá contratar parcial o totalmente la CDP_o sujeto a que una vez la CREG adopte nuevos cargos regulados de transporte con base en la nueva metodología de remuneración el transportador deberá tener disponible el 10% de la CMMP del respectivo tramo de gasoducto como capacidad de corto plazo para comercializarla mediante los mecanismos que adopte la Comisión en resolución aparte. En el contrato de transporte se deberá incluir una cláusula de ajuste regulatorio en la cual las partes acuerden que el transportador podrá acotar, si es necesario, las capacidades contratadas para disponer del 10% de la CMMP. El acotamiento en cada contrato se hará a prorrata de las capacidades contratadas.
- ii. Si en un tramo de gasoducto definido para efectos tarifarios la capacidad disponible primaria para contratar a través de cualquier modalidad contractual, CDP_o, es menor o igual al 10% de la capacidad máxima de mediano plazo, CMMP, el transportador podrá contratar parcial o totalmente la CDP_o sujeto a que una vez la CREG adopte nuevos cargos regulados de transporte con base en la nueva metodología de remuneración el transportador deberá tener disponible la CDP_o del respectivo tramo de gasoducto como capacidad de corto plazo para comercializarla mediante los mecanismos que adopte la Comisión en resolución aparte. En el contrato de transporte se deberá incluir una cláusula de ajuste regulatorio en la cual las partes acuerden que el transportador podrá acotar, si es necesario, las capacidades contratadas para disponer de la CDP_o. El acotamiento en cada contrato se hará a prorrata de las capacidades contratadas.
- iii. La capacidad disponible primaria para contratar a través de cualquier modalidad contractual, CDP_o, se determinará como se establece en el Anexo 1 de la Resolución CREG 089 de 2013, o aquellas que la modifiquen o sustituyan.

También se propone aplicar estas disposiciones a los contratos de transporte de gas natural y las modificaciones y prórrogas de los existentes que suscriban los transportadores a partir del día siguiente a la publicación de la resolución mediante la cual se someta a consulta la nueva metodología para remunerar la actividad de transporte de gas.

Bajo las consideraciones expuestas en el numeral anterior, de acuerdo con lo establecido en los numerales 2.2.13.1 y siguientes del Decreto 1078 de 2015 y el numeral 3 del artículo 2 de la Resolución CREG 097 de 2004, la Comisión decidió por unanimidad no someter la presente resolución a las disposiciones sobre publicidad de proyectos de regulación previstas en el citado decreto, debido a la existencia de razones de conveniencia general y de oportunidad a efectos de contar con herramientas eficaces, desde el punto de vista regulatorio, que permitan dar correcta aplicación a las medidas planteadas en el marco de la nueva metodología de transporte de gas natural en relación

con la capacidad de corto plazo, atendido los fines y objetivos que persigue este instrumento tarifario.

En relación con lo anterior, la conveniencia se refiere a la necesidad de dar señales en materia de contratación de capacidad de transporte para disponer de hasta el 10% de la capacidad de cada tramo de gasoducto cuando entren en vigencia los cargos regulados calculados con base en la nueva metodología de remuneración de la actividad de transporte. Esta capacidad se comercializará a través de mecanismos de corto plazo que buscan contribuir a la liquidez del mercado primario de transporte y del mercado secundario de suministro de gas.

La oportunidad tiene que ver con la relación que hay entre la disponibilidad del 10% de la capacidad de transporte para comercializar mediante mecanismos de corto plazo, planteada en la propuesta de nueva metodología para remunerar la capacidad de transporte, y la posibilidad que tiene el transportador de contratar capacidad o prorrogar contratos en cualquier momento. Si antes de que entren en vigencia los nuevos cargos regulados el transportador contrata o prorroga contratos por el 100% de la capacidad de cada tramo de gasoducto, la posibilidad de disponer en el corto plazo del 10% de la capacidad de transporte se reduce y por ende se reduce la posibilidad de hacer efectiva, en el corto plazo, la medida relacionada con la comercialización de capacidad de corto plazo propuesta en la nueva metodología de remuneración de la actividad de transporte.

Como se ha expuesto, las medidas regulatorias transitorias que se incorporan se deben expedir en este momento y de manera simultánea con la propuesta a consulta de la metodología de remuneración de la actividad de transporte de gas natural, toda vez que estas tienen directa relación y se encuentran ligadas con la capacidad de corto plazo, sin que las medidas que aquí se incorporan puedan considerarse como un aspecto metodológico, permitiendo la viabilidad y eficacia de la herramienta tarifaria propuesta (i.e. capacidad de corto plazo) a fin de dar cumplimiento a los fines y objetivos que allí se persiguen.

4. PROPUESTA A LA CREG

Se propone a la CREG adoptar las disposiciones descritas en el numeral anterior.

5. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, SIC

CUESTIONARIO EVALUACIÓN DE LA INCIDENCIA SOBRE LA LIBRE COMPETENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS CON FINES REGULATORIOS

Con base en lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010²¹, reglamentario de la Ley 1340 de 2009, se respondió el cuestionario establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio para efectos de evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados, donde aplicando las reglas allí previstas, la respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida en que no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia. A continuación se transcribe el cuestionario:

OBJETO PROYECTO DE REGULACIÓN: Se establecen medidas regulatorias transitorias sobre contratación de transporte de gas ligadas a la aplicación y eficacia de la capacidad de corto plazo.

No. DE RESOLUCIÓN O ACTO:

COMISIÓN O ENTIDAD QUE REMITE: COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, CREG

RADICACIÓN:

Bogotá, D.C. _____

No.	Preguntas afección a la competencia	Si	No	Explicación	Observaciones
1 ^a .	¿La regulación limita el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados? Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:		X		
1.1	Otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar		X		

21 Se debe precisar que estas disposiciones se encuentran recogidas actualmente en los numerales 2.2.2.30 y siguientes del Decreto 1074 de 2015.

No.	Preguntas afección a la competencia	Si	No	Explicación	Observaciones
	servicios o para ofrecer bienes.				
1.2	Establece licencias, permisos, autorizaciones para operar o cuotas de producción o de venta.		X		
1.3	Limita la capacidad de cierto tipo de empresas para ofrecer un bien o prestar un servicio.		X		
1.4	Eleva de manera significativa los costos de entrada o salida del mercado para las empresas.		X		
1.5	Crea una barrera geográfica a la libre circulación de bienes o servicios o a la inversión.		X		
1.6	Incrementa de manera significativa los costos:		X		
1.6.1	Para nuevas empresas en relación con las empresas que ya operan en un mercado o mercados relevantes relacionados, o		X		
1.6.2	Para unas empresas en relación con otras cuando el conjunto ya opera en uno o varios mercados relevantes relacionados.		X		
2ª.	¿La regulación limita la capacidad de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados? Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:		X		
2.1	Controla o influye sustancialmente sobre los precios de los bienes o servicios o el nivel de producción.		X		
2.2	Limita a las empresas la posibilidad de distribuir o comercializar sus productos		X		
2.3	Limita la libertad de las empresas para promocionar sus productos.		X		
2.4	Exige características de calidad de los productos, en particular si resultan más ventajosas para algunas empresas que para otras.		X		
2.5	Otorga a los operadores actuales en el mercado un trato diferenciado con respecto a las empresas entrantes.		X		
2.6	Otorga trato diferenciado a unas empresas con respecto a otras.		X		
2.7	Limita la libertad de las empresas para elegir sus		X		

No.	Preguntas afección a la competencia	Si	No	Explicación	Observaciones
	procesos de producción o su forma de organización industrial.				
2.8	Limita la innovación para ofrecer nuevos productos o productos existentes pero bajo nuevas formas-		X		
3ª.	¿La regulación implica reducir los incentivos de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados? Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:		X		
3.1	Genera un régimen de autorregulación o correulación.		X		
3.2.	Exige o fomenta el intercambio de información entre competidores o la publicación de información sobre producción, precios, ventas o costos de las empresas.		X		
3.3.	Reduce la movilidad de los clientes o consumidores entre competidores mediante el incremento de los costos asociados con el cambio de proveedor o comprador.		X		
3.4	Carece de claridad suficiente para las empresas entrantes sobre las condiciones para entrar u operar.		X		
3.5	Exime una actividad económica o a unas empresas estar sometidas a la ley de competencia.		X		
4.0	CONCLUSIÓN FINAL		X	La presente medida regulatoria establece parámetros de conductas y lineamientos que deben tener en cuenta los agentes dentro de la gestión y desarrollo de los contratos de transporte una vez la CREG adopte nuevos cargos regulados de transporte con base en la nueva metodología de remuneración. Lo anterior a fin de contar con instrumentos eficaces que permitan la implementación de la	

No.	Preguntas afección a la competencia	Si	No	Explicación	Observaciones
				capacidad de corto plazo propuesto en la metodología de transporte de gas natural, atendiendo los fines y objetivos expuestos en el presente documento. Estas circunstancias permiten evidenciar el carácter transitorio de la misma.	

