



**Comisión de Regulación
de Energía y Gas**

**COMENTARIOS A LA PROPUESTA
CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN CREG 151
DE 2011**

**DOCUMENTO CREG-136
1 de diciembre de 2011**

**CIRCULACIÓN:
MIEMBROS DE LA COMISIÓN
DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS
PRELIMINAR**

COMENTARIOS A LA PROPUESTA CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN CREG 151 DE 2011

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CREG 151 de 2011 la Comisión sometió a consulta un proyecto de resolución de carácter general “Por la cual se establecen medidas relacionadas con el uso de la capacidad de transporte contratada por distribuidores comercializadores por parte de usuarios no regulados”. Los siguientes agentes y terceros interesados presentaron comentarios a la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011:

	Radicación CREG
Distribuidores comercializadores y Naturgas	
Llanogas	E-2011-010996
Gas Natural	E-2011-011056
EPM	E-2011-011060
Naturgas	E-2011-011037
Industriales	
Alfagrés	E-2011-011048
Andi	E-2011-011038
Good Year	E-2011-011053
Industrias del Maíz	E-2011-011050
Familia	E-2011-011049
Peldar	E-2011-011047
Corona	E-2011-011036
Terceros interesados	
Juan Manuel Jaramillo	E-2011-010994
Cosenit	E-2011-011058
Emgesa	E-2011-011057
Gas Meridional	E-2011-011112
CNO-Gas	E-2011-011332

A continuación se analizan las observaciones y comentarios recibidos y se elabora el nuevo proyecto de Resolución. Para facilitar el análisis las observaciones y los comentarios se agrupan por tipo de agente y por contenido, cuando sea pertinente.

2. ANÁLISIS DE COMENTARIOS

2.1 Comentarios de distribuidores comercializadores y Naturgas

Durante el período de consulta se recibieron los siguientes comentarios de las empresas distribuidoras comercializadoras y de Naturgas:

Gas Natural

“Una vez analizado el proyecto de Resolución 151 de 2011, consideramos que la propuesta planteada a la industria, con base en la cesión del uso de la capacidad y el volumen de transporte a los usuarios no regulados, no es consistente con el marco regulatorio vigente en

el país, constituye un cambio en las reglas establecidas y da lugar a una transferencia de rentas de los distribuidores a dichos usuarios.

Por lo tanto, solicitamos que este proyecto de resolución sea discutido a fondo, tanto en su justificación legal y conceptual como en los efectos que tendrá en la industria.

A continuación presentamos en detalle nuestros comentarios sobre su propuesta.

1. Las medidas adoptadas en la Resolución CREG 151 de 2011 no resultan estar justificadas

El proyecto contenido en la Resolución CREG 151 de 2011 pretende adoptar ciertas medidas relacionadas con el uso de la capacidad de transporte. Para el efecto, y sin que se encuentren fundamentadas las razones que llevan al regulador aplicar tales medidas, se determina que se deben intervenir los contratos de transporte suscritos por los distribuidores-comercializadores para ceder su uso a los usuarios no regulados, entre otras determinaciones.

Es importante señalar que las empresas del Grupo GAS NATURAL FENOSA promueven y apoyan las medidas tendientes a garantizar el libre acceso al servicio y a los sistemas de distribución y transporte. La labor de las compañías, como prestadoras del servicio público domiciliario, se enmarca dentro del marco regulatorio previsto para asegurar la prestación eficiente del servicio a todos los usuarios, la libertad de competencia y la garantía a todos los usuarios del acceso a los servicios, entre otros cometidos. Para asegurar el acceso de todos los usuarios a las redes, y específicamente a los usuarios no regulados, existen alternativas que no comprometen la intervención de contratos válidamente suscritos y que el proyecto de la Resolución CREG 151 de 2011 no ha contemplado.

2. Afectación a los derechos adquiridos, a la seguridad jurídica en el esquema regulatorio y a la confianza del inversionista

En aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público domiciliario de gas natural a todos los usuarios, y en razón a que en la actualidad las expansiones de capacidad de transporte se viabilizan con los respectivos contratos, los distribuidores-comercializadores debieron suscribir contratos de transporte a largo plazo con suficiente capacidad en firme para garantizar la prestación a todo su mercado.

La regulación actual no prevé mecanismos de coordinación entre el suministro y el transporte de tal manera que es el distribuidor el agente de la cadena del gas natural, quien debe asumir el riesgo de contratación, de una parte, sin tener certeza respecto a la contratación del transporte y sin que sea obligatorio para los vendedores de gas ofrecer el suministro en puntos de entrada al sistema de transporte, los distribuidores deben acudir a los mecanismos disponibles para acceder a los contratos de suministro, a través de contratos bilaterales, participación en las subastas de venta de gas por parte de los productores-comercializadores o subastas de compra de gas, de conformidad con lo previsto en la Resolución CREG 118 de 2011, la Resolución CREG 075 de 2008 y demás regulación vigente aplicable. Ahora bien, en el momento que los transportadores ofrecieron el servicio de transporte a largo y mediano plazo para expandir el sistema nacional, los distribuidores tuvieron que firmar tales contratos, asumiendo el riesgo del suministro, en tanto la contratación del mismo no ha estado disponible.

Dadas las características del esquema vigente, Gas Natural S.A. ESP, como distribuidor-comercializador suscribió debidamente los respectivos contratos de transporte para su mercado bajo el entendido que los contratos son ley para las partes, son vinculantes y se rigen por el marco jurídico y regulatorio vigente al momento de su celebración.

Conforme con lo anterior, se considera que los mecanismos previstos en la Resolución CREG 151 de 2011 desconocen el derecho adquirido por parte de los distribuidores con contratos de transporte debidamente celebrados.

El artículo 58 de la Constitución Política garantiza los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas válidamente al amparo de la normatividad vigente, los cuales no pueden ser desconocidos ni afectados por regulación posterior. Esta garantía constitucional constituye el fundamento de la estabilidad jurídica de la Nación y pilar esencial para la certeza de los derechos. Si las normas de rango legal no pueden ir en contra del postulado constitucional, mucho menos se podría, por medio de actos administrativos, desconocer la validez, eficacia y obligatoriedad de los compromisos contractuales previamente adquiridos conforme al régimen regulatorio anterior.

La legalidad de la potestad de intervención está condicionada al cumplimiento de todos los requisitos constitucionales y legales de la Intervención del Estado en la economía, entre los que se encuentra la plena justificación de la misma, su razonabilidad y su proporcionalidad. De esta forma, una medida que implique la afectación de los contratos se torna inconstitucional e ilegal si el regulador hubiese podido cumplir el objetivo buscado con otras medidas –como las citadas en el numeral primero del presente escrito; entre otras alternativas que generaran una menor afectación de los contratos vigentes y, por ende, de la seguridad jurídica.

Ciertamente, cuando se encuentran en juego los principios citados será indispensable, como lo ha señalado la Corte Constitucional realizar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de determinar si su vulneración encuentra justificación en la protección de principios o derechos con mayor entidad. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que “para que la afectación de los derechos y expectativas legítimas de los asociados sean aceptables, es necesario que exista un principio de razón suficiente a partir del cual se puedan justificar constitucionalmente”¹.

La Resolución CREG 151 de 2011 ordena la intervención de los contratos de sólo uno de los agentes de la cadena -el distribuidor comercializador- sin que se establezca previa solicitud del servicio al transportador y otros agentes, y adopta un porcentaje de remuneración regulado que no obedece a estudios de mercado que así lo soporten. El libre acceso a los usuarios no regulados se garantiza también permitiendo a todos los agentes dinamizar el mercado “spot” y la comercialización de capacidad de transporte en el mercado secundario, con precios competitivos y condiciones pactadas de común acuerdo, que no requieren ser reguladas en la actualidad.

3. Señales para la actividad de distribución y para la competitividad del gas

Con este tipo de medidas se está promoviendo el by pass a las redes de distribución, dado que en el futuro los usuarios no regulados que tienen asegurada su capacidad de transporte, podrán acudir a conexiones directas al sistema de transporte.

Esto afectará sin duda, a la actividad de distribución en la medida en que si la expectativa de volúmenes transportados por los sistemas de distribución no se cumple, se enfrentará un crecimiento de las tarifas para los usuarios que continúen siendo atendidos en dicho sistema.

Este efecto, sumado a los incrementos previstos en los costos de suministro y de transporte, afectará la competitividad del gas para estos usuarios y dará lugar a una remuneración insuficiente de la inversión y de los gastos de AOM de los distribuidores”.

EPM:

“En primer lugar y desde el punto de vista legal, consideramos que el Artículo 1 del proyecto de resolución desconoce el Artículo 1602 del Código Civil Colombiano, según el cual “Todo contrato legalmente celebrando es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Los contratos celebrados entre el transportador y el distribuidor vienen ejecutándose de buena fe, en aplicación del principio

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-824A de 2002.

constitucional que los regula y el Artículo 1603 del mismo Código Civil citado, que dice "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

No encontramos en la Ley 142 de 1994, concretamente en los artículos 73 y 74.1 que la CREG tenga facultades legales para intervenir o modificar los contratos existentes legalmente celebrados, los cuales entendemos fueron suscritos debidamente por las partes que en ellos interviniieron y con base en unas reglas y normatividad vigente. Con esta intervención se estaría vulnerando la autonomía de la voluntad de las partes intervenientes en el contrato y el principio de confianza legítima. Dicho principio tiene que ver con otros valores jurídicos como son la dignidad humana, la presunción de buena fe la seguridad jurídica, al cual se puede acudir para salvaguardar ciertos derechos de los administrados cuando son cambiados por la administración de manera abrupta.

Sobre el particular, el Concejo de Estado, ha dicho: "A los alcances del principio de la confianza legítima se recurre para poner a salvo derechos subjetivos ante cambios abruptos en las decisiones de la administración, respetándose la confianza que el asociado ha puesto en sus instituciones, en la continuidad de sus posiciones, la cual no puede ser desconocida porque si, cuando de por medio existe la convicción objetiva de que una decisión perdurara o se mantendrá en el tiempo".² De igual manera la Corte Constitucional lo haconceptuado como un principio de rango constitucional, utilizándolo y aplicándolo básicamente en la resolución de casos en los que se involucran derechos fundamentales.

Y en lo referente a aspectos regulatorios, señalamos los siguientes:

El proyecto desconoce que en el caso del transporte, existe un mercado secundario que viene funcionando de tiempo atrás adecuadamente, en el cual los agentes fijas entre si las condiciones bajo las cuales se presta el servicio y la remuneración del mismo. Consideramos, entonces, que debe permitirse que el mercado continúe operando libremente, máxime si se tiene en cuenta que hay varios agentes con capacidad primaria de transporte disponible para ofrecer este servicio, tal como se evidencia de la información publicada para este efecto por los transportadores en la página SIGA del CNO Gas.

De otro lado, es importante que la Comisión considere que, de materializarse esta resolución, se pone en entredicho la expansión del sistema, porque los distribuidores comercializadores ya no tendrían incentivos para suscribir contratos en firme de largo plazo que involucren la demanda no regulada, por los riesgos que esto implica. Cabe señalar que son los contratos de transporte que firman los distribuidores, los que apalancan las decisiones de inversión por parte del transportador.

También es importante resaltar que, tal como está planteado el proyecto de resolución, se presentan asimetrías en términos de riesgos y responsabilidades entre distribuidores-comercializadores y la industria no regulada.

Finalmente, en el Documento CREG 118/2001 se afirma que la propuesta "reduce el incentivo" a realizar By pass a la red del distribuidor. Solicitamos respetuosamente a la Comisión que aclare por qué hace esta consideración".

Llanogas:

"En atención a lo establecido en el proyecto de Resolución de la referencia, me permito remitir los comentarios sobre el mismo para sus consideraciones, así:

² (Concejo de Estado Expediente 3461 de septiembre de 2004, C.P. María Nohemi Hernández Pinzón. Sentencia en Acción de Nulidad electoral. Bogotá, septiembre 2 de 2004.)

1. *El usuario no regulado que compre gas a través del mecanismo de la Resolución CREG 118 de 2011 tiene las siguientes alternativas para conseguir transporte:*

- a. *Acudir directamente donde el transportador y suscribir un contrato de suministro en firme, teniendo en cuenta que esta alternativa es factible solo si hay capacidad disponible primaria en el gasoducto*
- b. *Acudir al mercado secundario, es decir a los demás remitentes de los tramos que requiere contratar y negociar contratos de transporte con quienes tengan capacidad sobrante o estén dispuestos a ceder capacidad.*

El proyecto de resolución regula la segunda alternativa, lo cual supone de antemano que todos los gasoductos del SNT están totalmente contratados en firme y no existe capacidad disponible primaria para que el transportador les ofrezca a los usuarios no regulados que adquirieron gas en el mecanismo de comercialización. Por lo anterior, el proyecto de resolución no debería partir de este tipo de supuestos que no pueden ser generalizables.

2. *Así mismo, el regulador obliga solo a los distribuidores-comercializadores a ceder su capacidad de transporte contratada, lo cual se constituye en una regulación asimétrica, toda vez que si el objetivo es promover que los remitentes que tengan capacidad contratada en firme excedente la cedan a aquellos que la requieran, debería obligarse a todos los remitentes del SNT.*

Por ello, la resolución se convierte en la práctica, en una medida de regulación del mercado secundario al ponerle un tope a los precios que pueden pactarse por la reventa de capacidad de transporte en firme. En este caso, el regulador también parte del supuesto de que los distribuidores-comercializadores ostentan una posición de dominio en el mercado secundario de transporte, lo cual puede ser cierto en algunos tramos del SNT pero nuevamente es un supuesto que no puede generalizarse porque existen diversos remitentes con contratos de transporte en el SNT que podrían convertirse en competidores del distribuidor-comercializador en el mercado secundario.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que para expedir una regulación de este estilo, la existencia de un poder de mercado podría ser una condición necesaria mas no suficiente sino se puede comprobar en la práctica que además de configurarse una posición de dominio existen agentes abusando de la misma, lo cual el regulador da por hecho al proponer esta norma.

3. *Es importante tener en cuenta que el distribuidor-comercializador asumió los riesgos de las cantidades contratadas para atender su demanda y del plazo de las mismas, toda vez que ninguno de los usuarios no regulados que atiende estaba cubriendo dichos riesgos al ser usuarios disputables que siempre están evaluando las mejores alternativas de suministro. Por lo anterior, podría configurarse un oportunismo regulatorio afectar los contratos suscritos con anterioridad y además establecer límites a las negociaciones que pudieran darse entre las partes.*

4. *El proyecto de Resolución únicamente aborda la problemática desde el punto de vista de los Usuarios No Regulados, dejando de un lado que bajo el actual esquema regulatorio, los Distribuidores Comercializadores también comprar de manera separada el suministro de gas y el transporte del mismo.*

5. *Bajo el supuesto del proyecto de Resolución, surge el interrogante respecto a la prelación que debe dar el Distribuidor Comercializador a las solicitudes de los Usuarios No Regulados, por lo que, se sugiere a la Comisión tener en cuenta que conforme a lo establecido en el Decreto 2100 de 2011, únicamente hacen parte de la Demanda Esencial la demanda de GNCV; luego de esta y tomando como base los Decretos 880 de 2007 y 4500 de 2009, seguirían en la prelación los Usuarios Industriales Regulados y por Ultimo los Usuarios Industriales No Regulados.*

6. Por último, consideramos que el Proyecto de Resolución debe ser remitido a la Superintendencia de Industria y Comercio, en aplicación de lo establecido en el artículo 7(Abogacía de la Competencia) de la Ley 1340 de 2009".

Naturgas

"Comentarios Resolución CREG 151 de 2011
Cesión de Capacidad

Comenzamos manifestando que calificamos de inconveniente y no ajustado a la normatividad la propuesta de regulación. Si bien asumimos que el proyecto se orienta a lograr que las disposiciones previstas en la Resolución CREG 118 de 2011 y sus modificaciones sean atendibles para la totalidad de los interesados en adquirir gas, el mecanismo propuesto por el regulador atenta contra la estabilidad contractual, desestimula la contratación en firme y a largo plazo, atenta contra las señales de expansión y genera un desequilibrio en el peso tarifario que los diferentes segmentos de demanda tienen que asumir cuando consumen gas. Por estas razones, que a continuación procedemos a desarrollar, nos oponemos al proyecto y en consecuencia solicitamos su archivo.

1. Marco Jurídico

1.1. Violación de la confianza legítima e intervención de contratos.

Es importante que se valore que las obligaciones regulatorias que se les imponen a los agentes generan una gestión comercial que implican costos y un entendimiento sobre el marco regulatorio en el cual deben moverse las empresas. Así, si la regulación obliga a contar con capacidad de suministro y transporte en firme para atender a su demanda, la confianza de las empresas en la regulación es que esa obligación supone que los contratos que se perfeccionen con ese propósito deben ser inmutables³. No se entiende como los contratos que se cierran pueden ser desconocidos cuando su presencia y estructura se sustentan en el acatamiento de las normas que emite la misma CREG. Pero aún más, la presencia de estos contratos define la política comercial de una empresa y sus compromisos con la expansión en cobertura. Es relevante que se valore que la dimensión de la cantidad contratada no es exacta con el nivel de atención comercial que se despacha en el día a día. La capacidad presente que no se use no se puede calificar de ociosa y, por lo tanto, disponible para cederla, si ella está asociada a planes de expansión e incluso de confiabilidad para los usuarios regulados y no regulados. En ese sentido, la simple orden dirigida a ceder la capacidad sin definir los aspectos que se pretenden solucionar con la medida deslegitima la confianza que debe mediar entre regulador y regulado.

1.2. Competencia de la CREG para expedir la norma.

Es clara la competencia de la CREG para intervenir en las actividades del sector, sin embargo, esa capacidad no es discrecional ni absoluta. La intervención debe estar soportada en hechos que ameriten su adelantamiento y, en el caso de la Resolución CREG 151 de 2011, no se observa el problema que se busca solucionar y, por el contrario, incrementa el ya existente con el bypass que se ha mencionado por Naturgas en comunicaciones anteriores. Esto es así en la medida en que con la presencia de la norma propuesta en adelante no será necesario que se solicite acceso físico a la red si existe una vía más sencilla como es simplemente pedir cesión de capacidad. Obvio es que esa facilidad en la opción para el solicitante de capacidad acarrea perjuicios para el cedente cuando se prioriza el interés de una parte de la demanda sobre la totalidad de la que está asociada a planes de expansión y confiabilidad, algunas demandas aprobada por las tarifas y, por lo tanto obligatorio en su atención en firme, y otras diseñadas como estrategia de crecimiento del mercado a mediano plazo. No es clara la razón por la cual

³ El Artículo 83 de la Constitución Política señala como concepto rector de las actuaciones públicas y privadas la buena fe que en la práctica, para este caso, se traduce en la confianza que los distribuidores tienen sobre el marco normativo que deben seguir y que éste no será modificado sino cuando las necesidades lo ameriten.

el distribuidor, en la forma propuesta, debe ceder su capacidad a un agente que puede adquirirla para participar en los procesos de comercialización transitorios con la debida anticipación. Pareciera que los efectos adversos de la falta de coordinación en suministro y transporte, problema éste que ha venido siendo comentado a través del tiempo por Naturgas, se los están endilgando a quien si se contrató a tiempo y a quien representa a la demanda más deprimida, esto es al distribuidor.

El proyecto no consulta la realidad regulatoria actual ni le da espacio para culminar los estudios que la misma CREG adelanta. La regulación vigente permite a todos los agentes contratarse y prepararse para la adquisición de producto y llevarlo al punto de consumo con transporte. Sin embargo, el proyecto estimula a quien no lo ha hecho y desestimula a quien cumple con las obligaciones regulatorias y se prepara para ampliar su mercado. Lo anterior desde el punto de vista formal, pues materialmente lo que se observa es que se están enviando señales para separar a la demanda, la cual de manera aglutinada ha contribuido en el desarrollo del sector. No es nuestra intención entrar a comentar aspectos meramente formales como lo son el procedimiento propuesto en la Resolución, el valor de la compensación, las nominaciones y su costo, la operatividad contractual, ni tampoco nos adentramos en tópicos significativos como los efectos financieros que se derivan para las compañías, pues preferimos comentar el centro y la filosofía del proyecto y sus consecuencias nocivas para el mercado.

1.3. Competitividad para los sectores más fuertes

La propuesta apunta a lograr competitividad para los que tienen mejor capacidad de pago apuntalado en el menor ingreso de los usuarios residenciales más deprimidos a quien representa la distribución y para quienes, en primera instancia, se contrata en firme y a largo plazo. Resaltamos que la contratación en firme y a largo plazo envía señales positivas para la exploración y en la construcción de infraestructura en transporte y que, adicionalmente, si se cuenta con una base de clientes considerable, no solo en número sino en consumo, se obtienen condiciones de precios favorables para la demanda en general. Luego, si se ordena que se ceda capacidad sin mayores razones, lo que se está ordenando de fondo es que se cedan las eficiencias que logran las distribuidoras para atender a su mercado. No es nuestra intención que se concluya que la capacidad no se puede transar. En la práctica ello es posible y en la actualidad se hace, ya sea en el mercado primario o secundario, lo que no es entendible es que no se permita que las fuerzas del mercado definan cuando es necesario y el precio que debe mediar, sobre todo, cuando quien compró la capacidad la adquirió sujeto a unos compromisos regulatorios y quien la adquiere no se preparó para los procesos de comercialización y de atención de mercados a largo plazo⁴.

1.4. Proporcionalidad de la norma y Precedente Regulatorio

Insistimos que no es claro el antecedente que amerita regularse para efectos de generar mayor competitividad en los usuarios no regulados. En la práctica la atención de la demanda industrial ha sido eficiente y sus dificultades para lograr continuidad, conviene recordarlo, ha provenido de decisiones políticas y regulatorias en cuanto al despacho de los contratos en momentos de baja hidrología.

Observamos que el proyecto de resolución falta al principio de proporcionalidad, ya que los posibles beneficios que se obtengan a favor de los usuarios no regulados como consecuencia de la aplicación de sus disposiciones no compensan la restricción al derecho del distribuidor de disponer de la capacidad de transporte de las redes para la prestación de sus servicios, previamente contratada y sufraga. Así mismo, no compensan los riesgos para los usuarios regulados o no regulados que no se acojan a lo proyectado en la norma, por cuanto estos podrán tener restricciones en la atención comercial. Conviene señalar que el trato preferente

⁴ En el numeral 1.1 de la Res CREG 071 de 1999-RUT- se posibilita la cesión de capacidad cuando se define que la "CAPACIDAD DISPONIBLE SECUNDARIA" es aquella Capacidad Firme que el Remitente no proyecte utilizar y que de acuerdo con los derechos otorgados por el contrato de transporte suscrito puede ceder o vender a Remitentes Reemplazantes.

en beneficio del usuario no regulado cuando hace compras directas, frente a los usuarios atendidos por el distribuidor, genera que "desde una perspectiva constitucional, si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los afectados es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional".⁵

Visto lo anterior, frente a la carencia del precedente que sustente la propuesta de decisión de la CREG, si existe un precedente jurisprudencial señalado por la Corte Constitucional sobre la proporcionalidad que debe mediar en las decisiones.

2. Señales de Expansión y Capacidad disponible

Como primera medida invocamos las obligaciones de expansión que los distribuidores adquieren cuando se notifican de los cargos individuales que aplican en sus mercados relevantes. Estas obligaciones se cumplen en la medida en que se disponga de las herramientas para hacerlo y la principal se constituye por la presencia del producto y el transporte necesario para atender la expansión del mercado. Este asunto debiera ser obvio para todos los participantes de esta industria, pero por el contenido de la Resolución no es claro que los distribuidores contratan estos servicios con la debida anticipación, entre otros, porque eso genera seguridad en la prestación del servicio. Luego, si la misma regulación cercena la herramienta para generar la expansión, el posible incumplimiento en las obligaciones futuras de los distribuidores se causaría en la misma regulación. Pero más que el posible efecto futuro que podría producir la Resolución lo importante es entender que no toda la capacidad que el distribuidor no nomina en el Día de Gas es ociosa, pues ésta, como ya se indicó, se encuentra asociada a obligaciones regulatorias y a planes futuros de atención comercial.

Finalmente insistimos en que la posibilidad de ceder capacidad es viable, pero si nos oponemos a la manera en que se propone hacerlo y, en su lugar, consideramos que se debe permitir que las partes negocien de manera directa de acuerdo a la regulación vigente, con lo cual no se pone en peligro a sectores de consumo que no están considerados en la propuesta regulatoria y que son altamente relevantes en el desarrollo de la industria.

3. Señales para el Transportador

Sobre este punto comenzamos recalando que la señal de crecimiento para el transporte se sustenta en los contratos en firme y a largo plazo y visto el proyecto de regulación es válido afirmar que se está poniendo en peligro este concepto. Concluimos que la propuesta desincentiva este tipo de contratación. Es claro que la contratación firme y a largo plazo supone la existencia de una demanda considerable y ello lo logra quien agrupa una base importante de clientes. Si el distribuidor que representa a la mayoría de clientes pierde la confianza para contratarse, lo que puede ocurrir es una dispersión en las necesidades de transporte, lo cual desfigura la señal de crecimiento para el transportador".

Respuesta

Los distribuidores comercializadores y Naturgas coinciden en plantear argumentos jurídicos relacionados con los siguientes tópicos: la propuesta regulatoria desconocería el artículo 1602 del Código Civil, vulneraría el principio de confianza legítima, afectaría los derechos adquiridos, la seguridad jurídica en el esquema regulatorio, la confianza del inversionista, no resultaría proporcional en la medida en que los posibles beneficios que reportaría a los usuarios no regulados no compensan las restricciones al derecho del distribuidor de disponer de la capacidad de transporte de las redes, reportaría perjuicios a los distribuidores, y que la CREG carecería de facultades para su adopción.

⁵ Jurisprudencia de la Corte Constitucional-C-1060A/10.

A continuación se presentan los argumentos legales que fundamentan la propuesta regulatoria, y se da respuesta a los comentarios antes reseñados. Para estos efectos se abordarán los siguientes temas: i) la intervención del Estado en la economía; ii) el concepto de libertad contractual; iii) la confianza legítima y los derechos adquiridos; y iv) las facultades de la Comisión de Regulación de Energía y Gas y finalmente las conclusiones

2.1.1 La intervención del Estado en la economía

Constitucionalmente, el Estado colombiano es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran. Dentro de los fines esenciales del Estado se encuentran: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo⁶.

De acuerdo con el régimen económico constitucional:

"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresa hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación"⁷.

Conforme al artículo 334 de la Constitución Política se radica en cabeza del Estado la dirección de la economía y prevé la intervención estatal en todas las actividades económicas con el fin de, entre otros, "conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano".

Así, la intervención del Estado en la economía se concreta entre otras mediante la regulación económica. En este sentido, como lo ha manifestado de forma reiterada la H. Corte Constitucional:

"De igual manera, 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".⁸ 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

⁶ Constitución Política, artículos 1 y 2.

⁷ Constitución Política, artículo 333.

⁸ Sentencia C- 615 de 2002.

empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control⁹" (negrillas agregadas).

(...)

Ahora bien, en materia de restricción de las libertades económicas la jurisprudencia constitucional ha señalado que son constitucionalmente legítimas de cumplir las siguientes condiciones: (i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el "núcleo esencial" de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato.

De lo anterior se concluye, entonces, que 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 constitucional¹⁰.

En igual sentido, la Carta Política dispone que el Estado tiene a cargo la dirección general de la economía y que intervendrá, por mandato de la ley, entre otros, en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del medio ambiente sano¹¹.

Efectuadas las anteriores precisiones conceptuales generales, conviene hacer referencia a las características y al alcance de la regulación de los servicios públicos en general en un Estado social y democrático de derecho. Para el efecto, el presente capítulo se subdividirá, así: i) la función de regulación a cargo del Estado colombiano; y ii) las características y los fines de la regulación.

I) La función de regulación a cargo del Estado colombiano

De modo general y conforme a los lineamientos constitucionales, el Estado colombiano posee un mandato general de intervención en la economía orientado a establecer unas condiciones esenciales para el adecuado funcionamiento del mercado (artículo 333 C.P.) en aras de la **"distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo"**.

Este marco general de intervención puede especificarse teniendo en cuenta las finalidades que persigue; así, podría hablarse de una función de intervención encaminada a la redistribución del ingreso y de la propiedad; una función de intervención ligada a la estabilización económica (artículos 334 inc. 1°, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); o de una intervención enfocada a la regulación económica y social de variados sectores y actividades específicas.

Las decisiones del Estado relacionadas con el funcionamiento de la economía y la organización social constituyen una forma de regulación económica y social que hacen viables la existencia y el funcionamiento mismos del Estado.

Actualmente, y conforme a nuestra Constitución, la función estatal de intervención en la economía mediante la regulación está dividida por sectores de actividad económica o social,

⁹ Sentencia C- 615 de 2002.

¹⁰ Sentencia C 186 de 2011.

¹¹ Constitución Política, artículo 334.

llevando a que la regulación especial sectorial responda a las especificidades del mismo. En este sentido, la regulación de un sector particular de la economía estará guiada por los criterios técnicos propios del sector regulado y por lineamientos de política. La regulación implica adicionalmente un seguimiento permanente de la evolución del sector regulado encaminado a adoptar decisiones tendientes a orientar y corregir dicha dinámica.

Citando nuevamente a la Corte Constitucional¹²:

"La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades.

Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reorienté sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.

A estos elementos de la función estatal de regulación, se puede sumar otro que ha conducido a que el esquema de regulación adoptado por el constituyente o el legislador adquiera rasgos específicos. En efecto, en algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.). Ello conduce a que en estos ámbitos la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.)". (Hemos destacado).

ii) Características y fines de la regulación

Como se ha mencionado, el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, como un tipo de intervención estatal en la

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

economía al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución, el Capítulo 5 del Título XII "Del régimen económico y de la hacienda pública"¹³.

Así, conforme a los dictados constitucionales, y a los amplios desarrollos jurisprudenciales, se pueden señalar las siguientes características de la intervención del Estado en los servicios públicos, entre otras:

- La regulación de los servicios públicos corresponde al Estado.
- El margen de configuración del legislador supone unos límites de orden sustantivo orientados a asegurar que la regulación de los servicios públicos responda a los principios constitucionales fundamentales, en especial a los principios que fundamentan el Estado social de derecho¹⁴ y la democracia participativa¹⁵.
- La regulación de los servicios públicos tiene fines sociales, como son el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y el acceso de las personas de menores ingresos a los servicios básicos, los cuales son inherentes a la finalidad social del Estado¹⁶. Para el logro de tales fines los órganos de regulación han de disponer de instrumentos adecuados a la especificidad de este tipo de intervención.

En relación con los fines de la regulación, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional,

"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. (...)"¹⁷.
(Hemos destacado)

La intervención en la economía constituye pues un *mandato constitucional* que se ve reforzado aún más en materia de servicios públicos con el deber de asegurar su prestación eficiente, no a algunos sino a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365 de la C.P.)

El adecuado funcionamiento del mercado también es uno de los fines que el Estado persigue por medio de la regulación económica, conforme a la Carta Política. En efecto, "[...]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades"¹⁸, mandato que se debe interpretar con lo señalado por el artículo 334, según el cual el Estado intervendrá para racionalizar la economía, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad.

¹³ Constitución Política, artículos 1°, 2°, 150 num. 22 y 23, 189 num. 22, 333, 334 y 365 a 370.

¹⁴ Constitución Política, artículos: 1°, 334, 366 y 367 de la C.P.

¹⁵ Constitución Política artículos. 1°, 13, 2°, 40, 78 y 369 de la C.P.

¹⁶ Constitución Política, artículo 365, inciso primero.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 150 de 2003.

¹⁸ Constitución Política, artículo 333.

Adicionalmente, el artículo 78 constitucional indica que “[l]a ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”.

La Constitución define la libre competencia como un derecho. Así, conforme a la Jurisprudencia,

(...) en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. De esta forma, el sistema de precios depende de un equilibrio impersonal, que resulta de esta misma interacción, y no de los intereses o de los caprichos de algunos de los actores económicos.

En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio, de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado.

Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.

La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema. Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.

Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información, oferta limitada y abuso de posición dominante, bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente, barreras de ingreso al mercado, externalidades, competencia destructiva entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se

*encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad*¹⁹. (Hemos destacado)

Finalmente, se destaca que, en tanto instrumento estatal, la regulación de la economía constituye un mecanismo para orientar el interés privado al desarrollo de funciones socialmente apreciadas. En este sentido, si bien la Constitución previó la libre concurrencia en los servicios públicos, para la preservación de valores superiores, la Carta también estableció como necesarias las labores de regulación, vigilancia y control, que se ejercen mediante instrumentos de intervención encaminados a controlar y limitar los eventuales abusos y deficiencias del mercado. De acuerdo con la Corte Constitucional, cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de servicios públicos acudan los particulares, la intervención del Estado es más intensa²⁰. (Hemos destacado)

2.1.2 El concepto de libertad contractual²¹

La libertad contractual, también llamada “autonomía contractual”²² y “libertad negocial”²³, es una expresión o consecuencia de la autonomía de la voluntad privada que la Constitución Política reconoce a todos los sujetos, sean personas naturales o jurídicas²⁴.

La autonomía de la voluntad privada es un concepto desarrollado en el derecho civil francés, entre los siglos XVIII y XIX, con el propósito de explicar el campo de acción del Estado frente al particular y, en consecuencia, la eficacia de la esfera del individuo para regular las relaciones jurídicas, especialmente las de contenido económico. Esta noción ha estado estrechamente ligada a la concepción misma del Estado.

Bajo el estado gendarme del siglo XVIII, cuya máxima “dejar hacer, dejar pasar” explicaba su rol, el individualismo llevado al extremo, considerado por algunos doctrinantes como ultraindividualismo²⁵, sentó la máxima de que la regulación de las relaciones económicas es

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C 150 de 2003.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C 616 de 2001.

²¹ La propuesta referida al uso de la capacidad de transporte contratada por distribuidores comercializadores por parte de usuarios no regulados, comparte algunos de los fundamentos jurídicos que dieron lugar a la propuesta para la implementación del mercado organizado, MOR, contenida en la Resolución CREG-090 de 2011, así como aquella relacionada con el Sistema Electrónico de Contratación –SEC, contenida en la Resolución CREG 007 de 2004. En consecuencia, el presente Capítulo reproduce algunos de los contenidos de los documentos CREG 031 de 2005²¹ y CREG 073 de 2011, en los que se analizó y presentó el sustento jurídico de dichas propuestas regulatorias.

²² Corte Constitucional, Sentencia SU-166/99; Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²³ Aunque en estricto sentido el concepto de libertad negocial es más amplio que el concepto de libertad contractual. En este sentido, se puede consultar la H. Corte Constitucional en sentencias T-240 de 1993; Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; reiterada en sentencias T-231/96 del mismo ponente; y C-624 de 1998; Magistrado Ponente Dr. Alejandro Caballero Martínez: “En Colombia la libertad de contratación - en sentido amplio libertad negocial - tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta (...) Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional. La libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general (CP arts. 1 y 333).

²⁴ Así lo expresa la H. Corte Constitucional, en sentencia SU-157/99, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero; reiterada en sentencia C-167/99, del mismo ponente. “...la función especial y la cualificación de los prestadores del servicio público de la actividad bancaria exigen el análisis de la incidencia constitucional de la autonomía privada, que se manifiesta en la libertad contractual de los bancos, y derechos constitucionales de los usuarios del servicio, tales como la personalidad jurídica, la igualdad, las libertades económicas y el derecho al buen nombre. (...) 8. La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. (Destacamos).

²⁵ Plantean OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo: “EL CULTO A LA VOLUNTAD PRIVADA. El Código de Napoleón, de 1804, que ha ejercido influencia en Europa y en todos los países latinoamericanos – Colombia entre ellos -, fue forjado en el clima racionalista y ultraindividualista de la Encyclopédie y de la Revolución: en ese ambiente filosófico-político que erigió al ciudadano en árbitro y medida de la vida común y sus instituciones, que concibió la sociedad como el producto artificial de un imaginario ‘contrato social’ y que redujo el Estado a la simple condición de ‘gendarme’, cuya definición única debería consistir en garantizar las libertades omnímodas de los ciudadanos”. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 5^a. Edición; Temis, 1998; pag. 7 y ss.

un campo reservado a la esfera de lo individual, de tal manera que el contrato era, por excelencia, el instrumento válido y eficaz para regular todos los aspectos de las relaciones económicas. El contrato no solamente era un instrumento válido para el intercambio de bienes, sino que era un mecanismo de regulación de las actividades económicas.

Se prohijó la prevalencia del interés particular sobre el interés general; se sentó el paradigma de que correspondía al individuo regular las relaciones económicas, que podía establecer con absoluta libertad, y que el Estado debía limitarse a reconocer y hacer efectivas las regulaciones adoptadas por éstos mediante los contratos, sin que pudiera intervenir para alterarlas o desconocerlas.

En Colombia, sin embargo, con la sanción del Código Civil en 1873, la autonomía de la voluntad privada fue reconocida con algunos límites. Así lo plantean VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE²⁶:

"Los arts. 1602 y 1618 constituyen las dos piedras angulares del Código en relación con el principio de la libertad contractual. El primero prescribe: 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales"; el segundo advierte que, 'conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras'.

¿Dejó el Código en plena libertad a los contratantes para que se gobiernen por su voluntad sin limitaciones de ninguna clase, como erróneamente se pensó durante el siglo pasado?. En manera alguna; (...) cuatro textos legales nos indican tales limitaciones, encaminadas a salvaguardar los intereses superiores de la colectividad (C.C. arts. 16, 1603, 1518, inc. 3º y 1524)". (Destacamos).

Sucesos posteriores como las crisis económicas y jurídicas provocadas por las guerras mundiales; el crecimiento de la población; el desarrollo de las economías de mercado; y en fin, la irrupción final en la doctrina de conceptos como el bien común, el interés general, el orden público, el servicio público, llevaron a redefinir la concepción del Estado, constituyéndose estos conceptos en fin de la organización política.

El Estado, por tanto, debe hacer coincidir los intereses particulares con los intereses generales, y en caso de conflicto debe hacer prevalecer estos últimos; debe intervenir en la economía con el fin de lograr una distribución equitativa y justa de los bienes, con igualdad de oportunidades; a la propiedad se le atribuye función social; los derechos se reconocen con un fin social, y el ejercicio contrario a éste fin constituye abuso; el Estado debe ser el prestador de los servicios públicos, etc. Es el Estado Social de Derecho.

Muy pronto esta nueva concepción del Estado marcó su impronta en la autonomía de la voluntad privada. El Estado entró a regular las relaciones económicas entre los particulares y a imponer contornos al campo de acción del individuo en lo económico, de tal manera que con su actuar el Estado es quien define el campo de acción del individuo en materia económica.

²⁶ "Derecho civil", Tomo I, Parte General y Personas. Reimpresión de la decimoquinta edición. Temis; Bogotá, 2002. Pág. 43.

²⁷ Las normas citadas disponen: Art. 16. "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres". Art. 1518, inc. 3º: "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público". Art. 1524: "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público". Art. 1603. "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenezcan a ella". (Destacamos).

Bajo el concepto de servicio público, el Estado se reservó y monopolizó múltiples actividades económicas, de las cuales excluyó la autonomía de la voluntad privada. En todas aquellas actividades que fueron definidas por el Estado como servicio público desapareció la autonomía de la voluntad privada, esto es, se anuló la autonomía del individuo para regular y actuar en este tipo de actividades.

En Colombia pasaron varias décadas y reformas constitucionales mientras se reconoció nuevamente efectos a la autonomía privada en el campo de los servicios públicos, no obstante, con un ámbito ampliamente limitado.

En otras actividades que no fueron definidas como servicio público pero que se consideraron de interés general u orientadas al bien común, el Estado también intervino para regular su ejercicio y limitar la autonomía de la voluntad. En éstas exigió permisos y licencias, y específicas formas societarias y contractuales; limitó el número de actividades que puede realizar una persona (sociedades con objeto exclusivo y desintegración de las actividades de una misma cadena productiva); estableció requisitos y prohibiciones encaminados a proteger la salubridad, la seguridad, la tranquilidad y la libre competencia, estableció horarios, precios, y sometió múltiples actividades a su inspección, vigilancia y control, etc.

Finalmente, ni siquiera quedaron a salvo del poder del Estado las actividades en las cuales no se consideró involucrado directamente el interés general. En estos casos, el Estado a través de sus jueces, a partir de la teoría de la imprevisión de los contratos (*rebus sic stantibus*) estableció una excepción al principio de que “Los pactos han de cumplirse” (*pacta sunt servanda*)²⁸ porque la ley reconoce efectos jurídicos a la voluntad privada, en virtud de la cual solamente se reconoce los efectos de los contratos en tanto se mantengan las condiciones de comutatividad en las que fueron celebrados, ya que si por razones imprevisibles e irresistibles tales condiciones desaparecen haciendo muy gravosa la obligación para una de las partes, el contrato debe modificarse o terminarse.

Igualmente, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, en aquellas situaciones en donde los derechos requieren de la intervención del Estado para garantizar su efectividad, la autonomía privada también puede estar sujeta a la limitación impuesta directamente por el juez²⁹.

En esencia, la cuestión sobre la autonomía de la voluntad privada sigue siendo el señalamiento del campo de acción del individuo y la eficacia de su voluntad para crear efectos jurídicos. Sin embargo, bajo esta nueva concepción del Estado la autonomía de la voluntad dejó de ser absoluta, para transformarse en un reconocimiento más o menos amplio de la voluntad como creadora de efectos jurídicos, dependiendo de la concepción filosófico-política que el Estado haya decidido imprimir a la actividad económica en la que aspire incursionar el individuo.

La Constitución Política de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado, que irradian las distintas actividades económicas, e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos. Igualmente, bajo esta nueva concepción filosófico-política se consagró la libre competencia como un principio de la estructura del Estado social y democrático de derecho, razón por la que ésta ya no corresponde al ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad contractual propia de la esfera del individuo, como se había venido considerando.

²⁸ CABANELAS, Guillermo; “Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos”; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires.

²⁹ Sentencia SU-166/99, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Al respecto, ha señalado la H. Corte Constitucional, que "...la libre competencia en Colombia se desarrolla dentro de una economía social de mercado, en la que existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas"³⁰.

Bajo la vigencia de este modelo, vale destacar los siguientes pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, sobre el concepto de la autonomía de la voluntad privada:

"7. La autonomía privada en materia negocial es un concepto creado por la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, en cuya época fue considerada como un poder genérico e ilimitado de autodeterminación inherente a la naturaleza del ser humano. Con el tiempo, esta noción comenzó a restringirse a través de la prohibición de la arbitrariedad individual y, en la actualidad, especialmente con la introducción de la cláusula social del Estado de Derecho, exige que las actividades económicas particulares se desarrolleen dentro del marco de la función social. Así pues, es claro que la autonomía negocial "se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial", dentro del marco del bien común, el principio de solidaridad y los derechos de los demás. Por lo tanto, se concibe la libre actuación privada allí donde se le reconoce al individuo el derecho no sólo a tener una conducta activa y basada en la propia iniciativa, sino a reaccionar como homo economicus a determinadas dinámicas del mercado"³¹. (subrayamos).

En cuanto al contenido de este concepto, señaló la H. Corte Constitucional:

"La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.

La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador."³²

La Constitución Política no reconoce un concepto de autonomía de la voluntad absoluto o autoritario, como también lo ha señalado la H. Corte Constitucional:

"la autonomía personal es el derecho que asiste al individuo para regular su propia vida de acuerdo con sus intereses particulares, libre de presiones extrañas a su real voluntad. Sin embargo, a pesar de la amplitud de campo de acción que nuestra Carta reconoce a tal derecho - pues sin lugar a dudas la orientación filosófico-política de nuestro ordenamiento dista de acoger el modelo totalitario y, por el contrario, se construye sobre los valores de la democracia y el pluralismo, existen postulados fundamentales de corte comunitario, indispensables para el desarrollo de los valores atrás mencionados, que restringen la autonomía del individuo para articularla con valores prevalentes de carácter general.

³⁰ Sentencia T-533 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; reiterada en la sentencia C-616 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

³¹ Sentencia SU-157/99, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero; reiterada en sentencia C-167/99, del mismo ponente.

³² Sentencia T-338 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, reiterada en sentencia T-1001-00, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

*En este orden de ideas, cuando la autonomía personal fundante de la libertad contractual individual, se opone al interés general sin que su núcleo esencial se vea vulnerado o amenazado, aquella debe subordinarse a este último valor por cuestiones elementales de equidad, justicia y democracia*³³.

De suerte que la autonomía de la voluntad privada no se reconoce con el mismo grado de amplitud en todas las actividades económicas. Así por ejemplo, en actividades definidas como servicios públicos, y en otras de interés público como la financiera³⁴, la aseguradora, y la bursátil³⁵, la autonomía de la voluntad de los sujetos realizan es mucho más restringida que la de los demás particulares.

La libertad contractual, según lo señalado por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, consiste en reconocer “*como punto de partida por lo menos, en cada sujeto un centro de autonomía para celebrar o no celebrar un determinado contrato - lo que implica libre albedrío y autoresponsabilidad - y para definir su contenido*³⁶”, lo que implica disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, e imponer judicialmente los efectos de estas obligaciones.

Así mismo, previene la doctrina que existen figuras contractuales en las que el Estado determina las pautas contractuales, sin que puedan las partes modificarlas, con el fin de dar cumplimiento a determinados fines de una política social o a una necesidad económica.³⁷

2.1.2.1 Los rasgos constitucionales de la libertad contractual³⁸

a) Autonomía de la libertad económica, la libre competencia, la libertad de empresa y la libertad de contratación

³³ Sentencia T-1001 de 2000, citada.

³⁴ “9. Así las cosas, aquí surge un interrogante obvio ¿la autonomía privada, y en especial la libertad contractual de las entidades financieras son del mismo grado que aquellas que se predicen para todas las personas?. Dicho de otro modo, ¿las entidades financieras son tan libres para contratar como cualquier particular?. Para resolver este interrogante la Sala entra a estudiar la especialidad de la función de la banca y el interés público que es inherente a la actividad financiera.

(...)14. De lo expuesto se concluye que la autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio”. (Sentencia SU-157/99; Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero; reiterada en sentencia C-167/99).

³⁵ “Autonomía contractual de los comisionistas de bolsa.(...) 6. Ahora bien, al igual que sucede con las entidades financieras, la actividad bursátil es de interés público (C.P. art. 335). Vale la pena aclarar que la función bursátil se relaciona con la compraventa de valores, por lo cual se incluyen los comisionistas de bolsa. Así pues, el carácter de interés público de esa actividad se concreta en la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores, quien debe intervenir para mantener el mercado bursátil debidamente organizado, debe velar porque quienes participan en él desarrollen su actividad en condiciones de igualdad, transparencia y que no se ponga en peligro ni se lesione el interés público y específicamente el interés de los inversores. Así mismo, el ejercicio de la actividad bursátil está limitado sólo para quienes ostentan la autorización gubernamental, así por ejemplo para ser comisionista de bolsa se requiere cumplir con condiciones especiales como ser una sociedad anónima, un objeto social exclusivo y determinado: desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de valores y el cumplimiento de requisitos personales y económicos, previamente definidos por la ley o la reglamentación al respecto (Ley 45 de 1990, Decreto 1172 de 1980 y Resoluciones 400 y 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores). De igual manera, el ejercicio de la actividad es reglado, como quiera que la legislación y la Inspección gubernamental determinan cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de bolsas de valores, qué montos y cómo deberá efectuarse cada transacción. (subrayamos).

7. Como se observa, la autonomía negocial de los comisionistas de bolsa está ampliamente limitada y sometida a un control estatal estricto y directo. En efecto, el Estado ha intervenido en esta actividad de manera especial para prevenir conductas delictivas, tales como, el lavado de activos y la utilización de esta labor para fines diferentes al interés público”. (Sentencia SU-166/99; Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

³⁶ Sentencia T-240 de 1993; Eduardo Cifuentes Muñoz; reiterada en sentencia T-231/96; Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷ FARINA, Juan M., “Contratos Comerciales Modernos”; Ed. Astrea, Buenos Aires: 1997, pag.94.

³⁸ Se puede consultar, entre otras, las sentencias T-240/93; T-219/95; T-605/95; T-061/96; T-231/96; T-164/97; T-375/97; C-535/97; SU-039/98; C-624/98; SU-157/99; SU-166/99; SU-167/99; T-1001/00; C-662/00; C-616/01.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional se ha esforzado por definir el campo de acción de cada una de estas libertades, con el fin de precisar su contenido. De estos criterios jurisprudenciales se concluye que si bien están concatenadas, cada una tiene ámbito propio que impide confundir su alcance.

En el reconocimiento de estas libertades, la menor esfera corresponde al campo de la libertad contractual; es decir, la libertad contractual no comprende las demás, aunque el contrato las instrumenta.

La Constitución Política, artículo 333, reconoce la libertad económica como principio rector del Estado Social de Derecho, que comprende la libre competencia y la libertad de empresa³⁹.

Dentro de esta última, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha ubicado la libertad contractual, para concluir que ésta es un elemento de la libertad de empresa:

“...teniendo en cuenta que el contrato es una de las principales herramientas para la circulación social de bienes y servicios, y el ejercicio simultáneo de derechos y obligaciones económicas, debe entenderse que “la libertad de contratación” es un elemento del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa”⁴⁰.

En cuanto al ámbito de la libertad económica ha reiterado la H. Corte Constitucional:

“La Constitución garantiza la libertad económica (CP art. 333), la cual, conforme a la variada y extensa jurisprudencia en la materia, puede ser entendida así:

“La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimiento de monopolios o la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, etc.”⁴¹

“...[L]a actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas”⁴².

En cuanto al campo de la libertad de empresa, ha señalado la H. Corte Constitucional:

“Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como

³⁹ En este sentido, señala la Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001; Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil: “Se ha considerado que la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia”.

⁴⁰ Sentencia C-624 de 1998, citada.

⁴¹ Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992, Magistrado Ponente Dr.Ciro Angarita Baron; reiterada entre otras en las sentencias C-624 de 1998; y C-616 de 2001, citada.

⁴² Sentencia C-616 de 2001, citada

manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.

La libre iniciativa privada, conocida también como libertad de empresa, se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes.

Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, las posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares⁴³.

En lo que se refiere al ámbito de la libre competencia ha señalado la H. Corte Constitucional, entre otros criterios, los siguientes:

"La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.

(...)

A partir de la Constitución Política de 1991, el ejercicio de la libre competencia, que se consideró siempre, correspondía a la autonomía de la libertad y a la libertad contractual propia de la esfera del individuo, se estima como perteneciente a la estructura del Estado social y democrático de derecho, que se funda en un sistema de economía mixta y en un modelo de economía social de mercado. De este modo debe entenderse el principio establecido en el artículo 333, inciso segundo, de la Constitución Política, según el cual la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, en el sentido que el ejercicio del derecho individual de la libre competencia está limitado por la función social que debe cumplir. El derecho a la libre competencia es garantizado por la Constitución Política, que simultáneamente exige que en su ejercicio se imponga el respeto a la función social que le es propia.

(...)

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren. (Destacamos).

La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas

⁴³ Sentencia C-524 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz; reiterada entre otras, en la sentencia C-616 de 2001, citada.

actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta.

En ese contexto y supuesto el espacio de concurrencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia.⁴⁴

Ahora bien, como ya se ha citado, el campo de la libertad contractual se concreta en la autonomía de cada individuo para decidir si celebra o no celebra un determinado contrato y para definir su contenido. Por su alcance, esta libertad no puede ser pretexto para interferir en la facultad que tiene el Estado para intervenir en la economía y en particular en los servicios públicos imponiendo límites a la libertad económica; para regular la organización de las actividades económicas, inspeccionar, vigilar y controlar, y corregir las deficiencias del mercado, imponiendo límites a la libertad de empresa; así como para intervenir en todos aquellos aspectos que sean necesarios para crear, promover, incentivar y preservar la competencia.

En este sentido ha dicho la Corte Constitucional:

"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

(...)

"Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible..."
(...)

"Las recurrentes crisis de los mercados y la necesidad de corregir sus excesos y distorsiones, entre los cuales no es el menos grave la tendencia que se advierte a la concentración oligopólica o monopólica, llevó a superar la idea liberal de completa separación entre la economía y la política.

(...)

"Por su parte la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de éstas el balance induce a una mayor

⁴⁴ Sentencia C-616 de 2001, citada.

*intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado.*⁴⁵

b) La libertad contractual debe ejercerse dentro de la normatividad expedida por el Estado para regular el contrato

Dada la importancia que reviste el contrato para la circulación e intercambio de bienes destinados a la satisfacción de las necesidades, el derecho regula el campo de los contratos con el fin de promover y afianzar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ellos nacen, asegurar la estabilidad de los mercados, estimular el aumento de las transacciones gracias a la mayor certidumbre y a la reducción de los costos que apareja un régimen establecido para la ejecución ordenada y uniforme del contrato⁴⁶.

Por eso allí donde la normatividad del Estado ha regulado el contrato, la libertad contractual debe ejercerse dentro de dicho régimen con el fin de lograr los fines señalados.

c) Límites a la libertad contractual

La libertad contractual, en tanto expresión de la autonomía de la voluntad privada, no es absoluta.

Al respecto ha señalado la H. Corte Constitucional:

*“...Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las llimitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual (...)*⁴⁷. (subrayamos).

Estas restricciones van más allá de los tradicionales límites establecidos de antiguo por el derecho privado, como se señaló en este mismo pronunciamiento:

“En últimas, no se trata de los consabidos límites externos a la libertad de contratación conocidos de antiguo, sino del nuevo sentido que a la luz de la Constitución ella ha adquirido como instrumento del particular cuyo ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común y consultando el principio de la solidaridad social (CP arts. 1 y 333). Si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, todas tienen una función social e implican responsabilidades (CP arts. 58 y 333), no puede la institución del contrato - trasunto de la idea de la colaboración social en el intercambio y satisfacción de las necesidades humanas - a través de las cuales ellas se expresan ser una isla alejada del influjo y proyecciones de los principios de la solidaridad y de utilidad social a los cuales debe subordinarse.

De hecho, las intervenciones legales en el terreno del contrato se han orientado a establecer distinta suerte de protecciones a la parte débil y a instituir garantías tendientes a que a través suyo se persigan efectivamente intereses sociales y económicos dignos de tutela, lo cual en parte ha publicado esta materia y ha objetivizado en cierto sentido los vínculos contractuales. En todo caso, no será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sola responde de una

⁴⁵ Sentencia C-535 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ “La importancia del contrato en el proceso de intercambio social explica el cuerpo legal - en parte dispositivo - que regula el derecho de los contratos con el fin de promover y afianzar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ellos nacen, con la cual se previene la inestabilidad de los mercados y se estimula el aumento de las transacciones *gracias a la mayor certidumbre y a la reducción de los costos que su ordenada y uniforme formulación y ejecución aparejan*”. (Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993; Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; reiterada en sentencia T-231/96; Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴⁷ Sentencia T-240 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el Juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial (CP arts. 2 y 13). (Destacamos).

De la extensa jurisprudencia de la Corte se extraen las siguientes condiciones o características de los límites a la libertad contractual:

- i) La Constitución Política impuso a la libertad contractual los mismos límites de la libertad económica, con el fin de que no se ejerza arbitrariamente ni en contra de los principios constitucionales:

"12- Conforme a lo expuesto, es innegable que la libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículo 333, 334 y 335 de la C.P) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado. Por ello esta Corporación ha señalado que "la libre competencia económica no puede erigirse como una barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado, en ejercicio de su básica de dirección general de la economía."⁴⁵ En ese mismo orden de ideas, así como la Carta ampara la libertad contractual, también le impone límites, que son los mismos de la libertad económica, y que pretenden que su ejercicio en el mercado no sea arbitrario ni desconozca principios constitucionales" (Subrayamos)⁴⁶.

- ii) Desde la Constitución Política la libertad contractual está limitada por la prevalencia del interés general; por la promoción del bienestar general; por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social; por los principios constitucionales, como la libre y leal competencia, la eficiencia, la justicia y la equidad; y en términos generales por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado, que es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares⁴⁷; por la necesidad de que el Estado ejerza labores de vigilancia y control; y particularmente, por la necesidad de limitar el poder del monopolio y de evitar y controlar el abuso de posición dominante; por la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, etc⁴⁸.
- iii) La Constitución Política y las normas supranacionales adoptadas internamente facultan al legislador para imponer límites a la libertad contractual, con el fin de promover el bienestar general y proteger el interés general⁴⁹.

⁴⁵ Sentencia C-624 de 1998, citada

⁴⁶ "Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, las posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares". Sentencia C-616 de 2001, citada.

⁴⁷ Sentencia C-624 de 1998 y C-616 de 2001, citadas.

⁴⁸ "[S]i bien la Constitución ha elevado la libertad empresa -y junto a ella la libertad de contratar- a la calidad de principio rector de la actividad económica, el Legislador se encuentra facultado para establecer restricciones en este campo, pues la Constitución lo habilita para desarrollar y concretar la sanción o el límite frente a actividades que incumplan los parámetros básicos de conducta fijados por el Constituyente o que sean susceptibles de ello. Además, la Corte recuerda que es precisamente en el ámbito económico en donde, el interés general prima con claridad sobre el interés particular (C.P art. 1 y 58), puesto que sólo limitando, de manera razonable y proporcional, las libertades económicas, puede el Estado contribuir a realizar un "orden político, económico y social justo" (preámbulo) y a hacer efectivos los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos prestacionales de las personas.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala en su artículo 4º que los Estados pueden limitar por ley este tipo de derechos con el fin de promover el bienestar general en una sociedad democrática, siempre y cuando tales restricciones sean compatibles con la naturaleza del derecho. Igualmente, la Convención Interamericana, incorporada al ordenamiento colombiano por la Ley 16 de 1972, en su artículo 21, reconoce la propiedad privada pero claramente determina que la ley puede subordinar su uso al interés social. Igualmente, el artículo 30 de ese instrumento internacional precisa que esas restricciones deben ser dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". (Sentencias T-240 de 1993, y C-624 de 1998, citadas).

- iv) Los límites o restricciones a la libertad contractual deben provenir de la ley, o estar dispuestos u ordenados por ella, cuando la autonomía privada de la voluntad sea insuficiente para garantizar relaciones justas y libres, y los principios constitucionales así lo exijan⁵².
- v) La libertad contractual es indispensable para el funcionamiento de los mercados. Sin embargo, en virtud de la facultad de intervención, el Estado está autorizado para sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que se presentan en los mercados; para corregirlas, compensarlas; o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado⁵³.
- vi) En tratándose de sujetos económicos con poder de mercado o posición dominante, o prestadores de los servicios públicos, la ley comúnmente puede obligarlos a contratar bajo múltiples circunstancias⁵⁴.
- vii) En las actividades sometidas a regulación e inspección, vigilancia y control del Estado, el ejercicio de la libertad contractual puede someterse a reglas que determinen cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de un determinado mercado, qué montos y cómo deberá efectuarse cada transacción⁵⁵.

2.1.3 La confianza legítima y los derechos adquiridos

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política de 1991 da el primer paso para la consagración del principio de la confianza legítima al establecer en su texto los principios de la buena fe y la seguridad jurídica⁵⁶.

⁵² "...[L]as limitaciones a la libertad económica y de contratación tampoco pueden inferirse o imponerse por el Estado de una manera arbitraria e infundada. Así, esta Corte ha señalado que 'las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser dispuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial del derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas'. En efecto, debe reconocerse que 'el derecho consagrado en el artículo 333 de la Constitución no solo entraña la libertad de iniciar una actividad económica, sino de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad.' Igualmente, la 'libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan una base legal y que se justifique socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacer la ley cuando la autonomía se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad'. (Sentencias T-240 de 1993; T-231 de 1996; y C-624 de 1998).

⁵³ "A lo largo de la evolución histórica se van conformando las instituciones de la economía de mercado. La libre iniciativa privada (libertad de empresa), se reivindica como zona de libertad frente a la precedente ordenación corporativa. La libertad de organización de los factores de la producción, que incluye la libertad contractual, como facultad del sujeto económico libre, responde a la necesidad de que en el mercado, lugar de encuentro de los operadores, cada uno pueda sacar adelante su interés y asumir la responsabilidad consiguiente. A través del ejercicio de estas dos facultades, la Constitución reconoce un ámbito legítimo para el desarrollo de la razón instrumental que apunta a la satisfacción del interés material propio. Por su parte la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de éstas el balance induce a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado. Subrayamos. (Sentencia C- 535/97; Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-375 de 1997, citada.

⁵⁵ Así se deduce de la Sentencia SU-166/99, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional, concluyó en relación con la autonomía de la voluntad de los Comisionistas de Bolsas: "Así mismo, el ejercicio de la actividad bursátil está limitado sólo para quienes ostentan la autorización gubernamental, así por ejemplo para ser comisionista de bolsa se requiere cumplir con condiciones especiales como ser una sociedad anónima, un objeto social exclusivo y determinado: desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de valores y el cumplimiento de requisitos personales y económicos, previamente definidos por la ley o la reglamentación al respecto (Ley 45 de 1990, Decreto 1172 de 1980 y Resoluciones 400 y 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores). De igual manera, el ejercicio de la actividad transaccional, como quiera que la legislación y la inspección gubernamental determinan cuáles transacciones deben llevase a cabo obligatoriamente a través de bolsas de valores, qué montos y cómo deberá efectuarse cada transacción". (Destacamos).

⁵⁶ Constitución Política, Artículos 1º, 14, 83 entre otros.

La figura de la confianza legítima, intimamente ligada al principio de la buena fe, ha sido caracterizado entre otros en la Sentencia T-617 de 1995 (Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero) en la siguiente forma:

"El principio de la buena fe se presenta en el campo de las relaciones Administrado y administración, "en donde juega un papel no sólo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona".

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. En razón a esto tanto la administración como los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar "Que el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético que debe ser el factor informante y espiritualizador". Lo anterior implica que, así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas.

"La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida."

Esa confianza legítima, derivada de la buena fe, es un mecanismo válido para evitar el abuso del derecho.

"El principio de la buena fe, por tanto, en una de sus concretas aplicaciones constituye un límite al ejercicio de los derechos. Como lo constituye la prohibición del abuso del derecho.

En esta concreta aplicación del principio de buena fe, ¿qué diferencias se dan con la prohibición del abuso del derecho?

Cuando el apartado 1 del artículo 7º del Código Civil establece como límite al ejercicio de los derechos las exigencias de la buena fe, ¿establece unos límites distintos a los del apartado 2 del mismo artículo al referirse a los "límites normales del ejercicio de un derecho"?

El ejercicio abusivo del derecho se caracteriza, aparte por el resultado dañoso para un tercero, por sobrepasar manifiestamente los límites normales. Límites que no son los legales (los establece la norma jurídica que los regula o el acto jurídico que los crea), sino los que, dentro de éstos, considera la conciencia social de la época, las costumbres y apreciaciones de la época. Como dice LACRUZ, no se trata de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho, dónde pueden llegar en la práctica de cada época las facultades concedidas por la ley. Se incurrirá en abuso si se ejercita para algo distinto.

Y cuando se prohíbe el ejercicio del derecho contra las exigencias de la buena fe, también se está haciendo referencia a unos límites impuestos por los criterios morales y sociales dominantes.⁵⁷"

Así, el principio de confianza legítima se aplica como un mecanismo para conciliar los conflictos que se presenten entre los intereses público y privado, cuando la Administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 250 de 2008

súbitamente estas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la Administración es digna de protección y debe respetarse.

Así, cuando una persona tiene razones objetivas⁵⁸ para confiar en la duración de la regulación, y **el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación**, nos encontramos frente a una vulneración al principio de la confianza legítima, el cual tiene por objeto la protección del administrado frente a cambios abruptos e intempestivos en la regulación efectuados por las autoridades públicas competentes⁵⁹.

La jurisprudencia⁶⁰ ha reconocido que por ejemplo ante los cambios efectuados por el legislador en materia tributaria (cuando una nueva ley elimina una exención tributaria), el principio de la confianza legítima protege, en lo que hace referencia a las normas tributarias, las "razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación" y las alteraciones que se generarían con "el cambio súbito de la misma". Se podría predicar la existencia de dichas "razones objetivas" cuando, por ejemplo, la norma en cuestión (i) ha estado vigente por un muy largo período; (ii) no ha estado sujeta a modificaciones ni hay propuestas sólidas de reforma; (iii) su existencia es obligatoria, es decir, no es discrecional para las autoridades responsables suprimir el beneficio; y además, (iv) ha generado efectos previsibles significativos, es decir, ha conducido a que los particulares acomoden de buena fe sus comportamientos a lo que ella prescribe.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que las normas tributarias no puedan ser derogadas o modificadas, sino que cuando lo sean, "el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación", lo cual consiste, por ejemplo, (i) en que haya un período de transición o (ii) en que no se establezcan barreras o trabas para que los afectados ajusten su comportamiento a lo prescrito por la nueva norma. En algunas situaciones, la protección de la confianza legítima puede exigir que (iii) el beneficio tributario no sea derogado durante el lapso en que está corriendo el término para que los contribuyentes gocen de él.

Así mismo, en un Estado Social de Derecho, la seguridad jurídica no impide cambios en las reglas de juego pero sí exige que éstos no se hagan arbitraria y súbitamente sin consideración alguna por la estabilidad de los marcos jurídicos que rigen la acción de las personas y en desmedro de la previsibilidad de las consecuencias que se derivan para los particulares de ajustar su comportamiento a dichas reglas.

Ahora bien, dentro de las excepciones a la aplicación del principio de confianza legítima, encontramos:

a) El Interés general

⁵⁸ "Cuando hablamos de las razones objetivas que permiten al particular confiar en la durabilidad de la regulación, conforme a lo ya expuesto en este escrito, nos referimos al reconocimiento que el mismo hace de diversos aspectos. Esta confianza tiene su origen principal en el 'contrato social' que fundamenta el Estado social de derecho, y que otorga a los administradores, es decir, de quienes legitiman el poder estatal. Por otra parte, siendo más específicos, y atendiendo a nuestra realidad normativa actual, encontramos que la seguridad mencionada emana de múltiples aspectos, entre los cuales encontramos los fines del Estado consagrados en la Constitución, las normas rectoras, la protección del interés general, la libertad económica, la garantía del derecho a la propiedad privada, el principio de intervención estatal en la economía con fines garantistas, etc".

Citado por: Arango, Juan José. Artículo "Confianza legítima, o una expectativa racional en los proyectos de inversión del sector eléctrico". REGULACIÓN ELÉCTRICA. ESTUDIO JURÍDICO. Ediciones Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2003, p. 63.

⁵⁹ Este principio fue desarrollado por la jurisprudencia alemana y fue recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en sentencia de julio de 1965. Ob. Cit.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 007 de 2002.

El principio de interés general determina el alcance, contenido y campo de aplicación del principio de confianza legítima, por cuanto en él encuentra su más claro límite. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

*"La organización administrativa del Estado reposa sobre el principio del interés general. Es claro que la contraposición entre los intereses puramente particulares de los individuos aisladamente considerados, y los intereses generales, ha de resolverse necesariamente a favor de los intereses generales, pues lo colectivo debe primar sobre lo individual, y lo público sobre lo privado. Así lo consagran de manera expresa los artículos 1º y 63 de la Constitución Política de Colombia. El Principio del interés general a su vez determina el contenido y campo de aplicación del principio de la confianza legítima. Pues en él, la confianza legítima encuentra su más claro límite. En tal sentido lo señaló El Tribunal Europeo de Justicia en Sentencia de 16 de mayo de 1979: "al estudiar el conflicto que surgió entre el principio de la confianza legítima y el interés público, a lo cual determinó que" en caso de enfrentamiento el interés público tendrá primacía sobre la confianza legítima: Teniendo en cuenta que el marco de una reglamentación económica como la de las organizaciones comunes de los mercados agrícolas, el principio del respeto de la confianza legítima prohíbe a las instituciones comunitarias modificar esta reglamentación sin combinarla con medidas transitorias, salvo que un interés público se oponga a la adopción de tal medida."*⁶¹

El Principio de la confianza legítima encuentra un límite en su contenido y alcance que es dado por PRINCIPIO DEL INTERES GENERAL. Tal consideración nos permite justificar el por qué esta Corporación revocará la decisión del Consejo de Estado con respecto a las órdenes dadas en la parte resolutiva de su Sentencia. La Sala considera que las órdenes, aunque serán autónomas tienen carácter complementario.

Retomando el tema de la confianza legítima en la teoría administrativa: la relación entre administración y administrado plantea el gran problema de establecer las delimitaciones legales de los derechos de éstos últimos frente a la administración, que en virtud de su potestad y ejercicio de las finalidades del Estado pueden ser limitados, potestad que determina la imprescriptibilidad de los bienes de uso público por la ocupación temporal de los particulares, (art. 63 C.P.) pero al mismo tiempo, la Confianza legítima como medida de protección a los administrados se origina cuando de un acto de aplicación de una Norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merece un calificativo especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la Colectividad.

El problema de tal trato, fue resuelto por el principio de protección de la Confianza legítima, que formulado por la jurisprudencia Alemana, hizo suyo el Tribunal Europeo de Justicia en Sentencia del 13 de julio de 1965. Sobre este Principio el tratadista García de Enterría señala⁶²:

Dicho principio, no impide, al legislador modificar las regulaciones generales con el fin de adaptarlas a las exigencias del interés público, pero si, le obliga a dispensar su protección, en caso de alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podían legítimamente confiar los afectados. Esa modificación legal, obliga a la administración a proporcionarles en todo caso tiempo y medios, para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación, lo que dicho de otro modo implica una condena de los cambios bruscos adoptados por sorpresa y sin las cautelas aludidas.

Es importante anotar que la aplicación del sistema exige como requisito sine qua non que los sujetos administrativos se encuentren respecto a la producción del daño en una situación propia del derecho administrativo"⁶³.

⁶¹ García Macho Ricardo, Artículo "Contenido y límites del principio de la Confianza legítima" Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi, Editorial Civitas, Madrid 1989, pág 461.

⁶² García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas-Madrid pág.375.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia Tutela T-617 de 1995.

b) El dinamismo de la función administrativa

Como se vio, es claro que la protección de la confianza legítima, a diferencia de los derechos adquiridos, no impide que el legislador o la Administración por razones de interés general modifique las regulaciones sobre un determinado asunto, evento en el cual, si se ocasionara un daño a un particular deberá ser reparado o compensado.

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-478 de 1998, expresó:

"El legislador actual no puede atar al legislador del mañana, pues esto anularía el principio democrático, ya que unas mayorías ocasionales, en un momento histórico, podrían subordinar a las mayorías del futuro".

La Corte Constitucional en diversos fallos (como en la Sentencia T-438 de 1996, al estudiar el conflicto que se presenta entre los vendedores que ocupan el espacio público y son desalojados), ha considerado que el Estado se encuentra facultado para modificar y alterar los sistemas normativos en materia económica, siempre que lleve consigo una planificación seria o un estudio que legitime la comentada alteración, que implique una notificación oportuna a los destinatarios de las normas sobre las medidas futuras a las que se verán enfrentados, de manera que puedan adecuarse a las nuevas circunstancias y tomar las medidas que consideren necesarias en sus relaciones contractuales.

En relación con el tema de los derechos adquiridos, vale la pena traer a colación cómo en una demanda contra los artículos 1 (parcial), 2, 8, 10 (parcial), 11 (parcial), 13 (parcial), 16 (parcial), 20 (parcial), 21 (parcial), 25, 26, 28 (parcial) de la Ley 335 de 1996, la Corte Constitucional en Sentencia N°. C-350 de 1997, Magistrado Ponente Doctor Fabio Morón Díaz, manifestó:

"[...] Naturaleza jurídica del contrato de concesión de servicios públicos:

El contrato estatal a través del cual se otorga la concesión de un servicio público, como se dijo, es un acto complejo, cuyos términos pueden verse afectados en dos casos: por decisiones de la administración pública dirigidas a la mejora del servicio, o por disposiciones legales o reglamentarias posteriores, adoptadas por motivos de utilidad pública o de interés general, frente a los cuales deberá ceder el interés particular.

*En el primer caso, dado el carácter administrativo de la concesión, "...la Administración Pública, en ejercicio de sus prerrogativas, [tiene la posibilidad de introducir] todas las modificaciones que juzgue menester en la organización o en el funcionamiento del servicio. Las modificaciones que establezca la administración siempre tendrán por base el contrato de concesión de servicio público, cuya naturaleza habilita tales modificaciones. Estas forman parte del contrato, expresan una situación contractual, no legal o reglamentaria. El deber del concesionario de adaptar el servicio a las nuevas necesidades o conveniencias del público, y el correlativo poder de la administración para exigir el cumplimiento de tal deber derivan, directamente, del carácter de contrato administrativo de la concesión de servicio público."*⁶⁴

Nótese que éste tipo de definiciones de la administración, que generan modificaciones a los términos de los contratos de los concesionarios que prestan el servicio, deberán referirse siempre a la prestación del mismo, por eso ellas son de obligatoria aceptación para el contratista, quien tiene la obligación, de carácter contractual, de adaptar sus actividades a las nuevas condiciones impuestas por la administración, las cuales, se presume, se adoptan para optimizar el servicio y por motivos de interés público o bienestar general.

⁶⁴ Ibídem.

Pero, qué pasa cuando las modificaciones al contrato de concesión, se originan en una ley o reglamento posterior y no se refieren exclusivamente a las condiciones mismas de la prestación del servicio, sino que afectan al concesionario en lo que tiene que ver con sus derechos, obligaciones y prerrogativas como contratista?

Es obvio que operaría el mismo principio, esto es, que el legislador con base en la competencia que le atribuye el artículo 150 de la Carta para derogar, modificar, o interpretar las leyes bajo las cuales se celebraron unos determinados contratos, podrá hacerlo siempre y cuando medien motivos de interés público o de utilidad común, frente a los cuales deberá ceder el interés particular, competencia que en el caso de los servicios públicos se complementa con las facultades que para el Congreso se desprenden del artículo 365 de la Constitución:

"Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

"Los servicios públicos estarán sujetos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita."

Es decir, que los términos de los contratos de concesión de servicios públicos, incluidos los que adjudican espacios públicos de la televisión, pueden verse afectados por las disposiciones de una ley posterior a aquella que regla en el momento de su celebración, inclusive en lo que tiene que ver con los derechos, obligaciones y prerrogativas del concesionario como contratista particular, siempre y cuando esas nuevas disposiciones traduzcan motivos de interés público o bienestar general, que como tales superen el interés particular: "En suma el interés de la comunidad está siempre por encima del interés del individuo, sea cual fuere el origen de su reconocimiento y protección jurídica... aún en las concesiones de naturaleza contractual el concesionario particular está sujeto a las modificaciones reglamentarias producidas por la administración concedente en atención a las exigencias del servicio público o a los imperativos del interés social..."⁶⁵

"...si se trata de contratación estatal, en la cual el objeto consista en la explotación o explotación de bienes del Estado, la situación jurídica del particular deberá ceder al interés público y social cuando ello sea necesario para la debida aplicación de la ley expedida con fundamento en intereses de esa índole, pues así lo dispone la Carta Política en forma reiterativa."⁶⁶

En el caso que se analiza, el legislador sostuvo en la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley⁶⁷, que las razones que fundamentaron su decisión de modificar el artículo 49 de la ley 182 de 1995, que preveía que los contratos de concesión de espacios públicos de televisión seguirían sujetos a las normas contenidas en la ley 14 de 1991, las cuales contemplaban la prórroga de los mismos previo el cumplimiento de unos determinados requisitos de calificación, tienen relación directa con la obligación que el Constituyente le impuso al legislador, a través de las disposiciones del artículo 75 superior, de garantizar, por medio de la ley, la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético[...]."

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-551, M.P. Dres. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, citando a Zanobini, citada en Sentencia C350 de 1997.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de marzo de 1994.

⁶⁷ Exposición de motivos proyecto de la ley No. 088, 098, 104 y 107 Cámara de Representantes, Diario Oficial No.445, 16 de octubre de 1996, pag. 2.

Y más adelante, agrega:

"[...] Ahora bien, el segundo interrogante que debe absolver esta Corporación, es si ese derecho a la prórroga que tenían los concesionarios de espacios públicos de televisión, que celebraron sus contratos bajo la vigencia de la ley 14 de 1991, constituye, como lo afirman los demandantes, un derecho adquirido protegido por las disposiciones del artículo 58 de la C.P., o si era apenas una mera expectativa.

En primer lugar es necesario precisar la noción de derecho adquirido:

"La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa... Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

"Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

"Ajusta mejor a la técnica denominar "situación jurídica concreta o subjetiva", al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución...y "situación jurídica abstracta u objetiva" a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una nueva persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona."⁶⁸

La controversia que se plantea en el caso sub-examine, tiene que ver con el "derecho" a la prórroga que tenían los concesionarios de espacios públicos de televisión que celebraron sus contratos bajo la vigencia de la ley 14 de 1991, el cual, en opinión de los demandantes se configura como un derecho adquirido.

Veamos, esos concesionarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la ley 14 de 1991, tenían "derecho" a que se prorrogaran sus contratos, y el concedente estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando los primeros cumplieran con lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 14 de 1991:

"Artículo 39. Los contratos de concesión de espacios de televisión tendrán un plazo de ejecución de seis (6) años, **prorrogables** según las reglas del artículo siguiente, cuando quiera que se cumplan las condiciones generales de prórroga establecidas por el Consejo Nacional de Televisión..."

"Artículo 40. Prórroga de los contratos de concesión. Seis (6) meses antes del vencimiento del término de duración de los contratos de concesión, el Consejo Nacional de Televisión determinará y comunicará qué contratos se prorrogan de conformidad con las siguientes reglas:

"1. Se prorrogarán aquellos contratos que al vencimiento de su periodo de ejecución obtengan el ochenta por ciento (80%) o más del total de puntos previstos en las condiciones generales de prórroga establecidas por el Consejo Nacional de Televisión, de conformidad con el artículo 14, literal d) de la presente ley.

"(...)

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de diciembre de 1974.

Es decir, que el derecho sólo se perfeccionaba previo el cumplimiento de esa condición, lo que significa que mientras ello no sucediera el concesionario apenas tenía una expectativa.

“...la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por lo tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

“Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio constituyente para el cumplimiento de su función.” (corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz)

Quiere decir lo anterior, que en el momento en el que el legislador expidió la norma impugnada, “el derecho” a la prórroga no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del concesionario, que como tal estuviera protegido por el artículo 58 superior. Apenas existía una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por parte del legislador, el cual decidió prohibir las prórrogas, con el objeto de propiciar una mayor democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y de garantizar la igualdad de oportunidades para todos aquellos que aspiraran a utilizarlo, para fundar medios masivos de comunicación, decisión que afectó a los contratos vigentes a la fecha de expedición de la norma atacada y a aquellos que se celebren con posterioridad.

“La norma (art.58 C.P.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas. Estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca.” (Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1994, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

Ahora bien, si el legislador, como ha quedado demostrado tenía capacidad para modificar discrecionalmente la “expectativa de prórroga” consignada en los contratos de concesión de espacios públicos de televisión celebrados bajo la vigencia de la ley 14 de 1991, modificación que como tal podía incluir la supresión de la misma, es obvio, por sustracción de materia, que la CNTV quedaba relevada de la obligación que tenía, consagrada en el artículo 50 de la ley 182 de 1995, de expedir el reglamento aplicable para determinar si procedía o no dicha prórroga, con lo que se desvirtúan las acusaciones de violación de los artículo 29 y 113 de la C.P., que sustentan el quinto cargo de inconstitucionalidad.

De otra parte, las prórrogas, ha dicho el Consejo de Estado, implican un nuevo acuerdo de voluntades. Ellas son sobrevinientes o posteriores al contrato original; por ello en el evento de que se expida una nueva legislación a ellas no le son aplicables, como lo afirman algunos de los actores, las disposiciones de los artículos 38 de la ley 153 de 1887 y 78 de la ley 80 de 1993, que garantizan que los contratos se rigen por las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

En el caso que se analiza, ese nuevo acuerdo de voluntades que sustentaría las prórrogas previstas por la ley, sólo procedía en aquellos casos en que el contratista, al vencimiento de su período de ejecución, obtuviera el 80% o más del total de puntos previstos en las condiciones generales de prórroga establecidas por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, según lo dispuso el artículo 50 ley 182 de 1995; es decir, que en cada caso la prórroga era una expectativa, una probabilidad, que estaba condicionada al cumplimiento de ese requisito, pues si el puntaje era inferior no había prórroga.

Ahora bien, se alega por parte de algunos de los actores que ese "derecho" a la prórroga, que como ha quedado establecido apenas era una expectativa, consignado en los contratos de concesión de espacios públicos de televisión celebrados bajo la vigencia de la ley 14 de 1991[...]."

Efectuadas las anteriores consideraciones de orden general, y centrando el análisis al caso específico, encontramos que en la propuesta regulatoria al reconocer a los distribuidores el 100% de los cargos, así como otros costos eficientes, no podría haber una vulneración al principio de confianza legítima de estas empresas. Como se ha expuesto a lo largo de este documento, la función de regulación implica justamente la intervención en aras de la consecución de fines superiores, que obedecen al dinamismo que le es propio a la función de regulación. Así mismo, es preciso señalar que la posibilidad de la adopción de este tipo de medidas ha sido, conforme a la agenda regulatoria de la CREG, anunciada previamente, y a los agentes se les ha comunicado desde hace un tiempo atrás, la intención del regulador de disponer medidas regulatorias de corto, mediano y largo plazo relacionadas con el mercado secundario de gas natural. En ese orden de ideas, ha sido de público conocimiento la contratación y el desarrollo de las consultorías que se adelantan sobre el particular y, los informes generados por los consultores se han sometido a comentarios de los distintos agentes e interesados.

Por tanto, dado que el principio de seguridad jurídica no impide cambios en las reglas, teniendo en cuenta que la medida no es arbitraria ni súbita y mucho menos altera de manera sensible la situación de los distribuidores comercializadores, es legalmente viable su adopción por parte del regulador.

Frente a la eventual vulneración de los derechos adquiridos de los distribuidores comercializadores, es preciso mencionar que en la medida en que los derechos adquiridos son aquellos que ya han entrado al patrimonio de una persona, la venta de capacidad de transporte en mercado secundario implicaría un nuevo acuerdo para los distribuidores comercializadores, distinto al ya celebrado con el transportador, con lo cual, lo que existe actualmente en cabeza de los distribuidores comercializadores es una mera expectativa de una renta, mas no un derecho adquirido.

2.1.4 Las facultades de la Comisión de Regulación de Energía y Gas para adoptar la medida – Conclusiones

Como se ha mencionado, la función de regulación fue concebida por el Constituyente de 1991 como un tipo de intervención del Estado en la economía. Conforme a los mandatos constitucionales, se pueden mencionar como características de la intervención del Estado en los servicios públicos y en relación con el caso concreto que se analiza, las siguientes:

- La regulación de los servicios públicos tiene fines sociales, como son el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y el acceso de las personas de menores ingresos a los servicios básicos, los cuales son inherentes a la finalidad social del Estado (artículo 365). Para el logro de tales fines los órganos de regulación han de disponer de instrumentos adecuados a la especificidad de este tipo de intervención.
- Tal y como lo ha señalado la H. Corte Constitucional⁶⁹:

⁶⁹ Sentencia C 150 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

"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".

- Garantizar la efectividad de los principios del Estado social de derecho debe constituir la orientación de la función de regulación:

"[e]n uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, que con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 Superiores, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad"⁷⁰.

En este sentido, el Capítulo I del Título Preliminar de la Ley 142 de 1994 contiene los principios generales para la aplicación de dicha norma, los cuales se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que ésta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ella presenten⁷¹.

Así, como fines de la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios se encuentran los siguientes:

"Artículo 2º. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

- 2.1. *Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.*
- 2.2. *Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios.*
- 2.3. *Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.*

⁷⁰ Sentencia C-389 de 2002; Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷¹ Ley 142 de 1994, artículo 13.

- 2.4. *Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.*
- 2.5. **Prestación eficiente.**
- 2.6. **Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.**
- 2.7. *Obtención de economías de escala comprobables.*
- 2.8. *Mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.*
- 2.9. *Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad" (Hemos destacado)*

Además de los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios establecidos en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, señalados anteriormente, la Ley 142 de 1994 señaló los instrumentos de la intervención en el sector determinando que:

"(...) Todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobables",

Y,

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

Así mismo, y en tanto un aspecto fundamental del régimen, se establecen, entre otros, los siguientes derechos para los usuarios:

"9.3. Obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes".

En este contexto y conforme a los lineamientos contenidos en el Capítulo 1 del Título Preliminar de la Ley 142 de 1994 deben entenderse las funciones atribuidas a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, concretamente las generales a ella atribuidas 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."*

De igual forma, conforme al artículo 74.1 compete a la Comisión de Regulación de Energía y Gas *"a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado."*

Como se ha expuesto, la propuesta regulatoria es fruto de un ejercicio previo consistente en sopesar los distintos intereses y derechos involucrados, frente a las características, complejidades y retos que experimenta el sector y los agentes en la actual coyuntura.

Por esta razón, como mejor alternativa, la medida propuesta, de duración transitoria, busca generar condiciones adecuadas de competitividad requeridas en el proceso de

comercialización del gas natural, conforme a las reglas expedidas por la CREG en cumplimiento del Decreto 2100 de 2011, evitando los posibles conflictos de interés.

Lo anterior es consecuente con lo expuesto en este Capítulo, en la medida en que la propuesta regulatoria refleja el ejercicio de la función de regulación en el contexto constitucional del Estado social de derecho y de una economía social de mercado que, como se vio, postula que el Estado tiene mandato general de intervención en la economía para el **adecuado funcionamiento del mercado** (artículo 333 CP) y **garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios** (artículo 334 CP) mediante la **distribución equitativa y justa de los bienes**. En este mismo sentido, se mencionó que la intervención se justifica cuando no hay condiciones de competitividad o para proteger el mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio y es particularmente más intensa cuando se trata de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

En este contexto, para el correcto ejercicio de la función de regulación a cargo de la CREG, que involucra el seguimiento permanente de la evolución del sector para adoptar decisiones encaminadas a orientar o corregir la dinámica del mercado, resulta necesaria la intervención, con el fin de evitar el posible conflicto de interés existente entre los distribuidores comercializadores o comercializadores y los usuarios no regulados, al permitírsele a éstos últimos, bajo ciertas condiciones, usar la capacidad de transporte de que los primeros dispongan.

Igualmente, como se vio, la libertad contractual es un elemento de la libertad de empresa. Así mismo, la autonomía de la voluntad no es absoluta, y ésta no puede ser pretexto para interferir en la facultad de regulación mediante la intervención en la economía y en particular en los servicios públicos domiciliarios imponiendo límites a la libertad económica. Es claro también que los límites a la libertad contractual deben provenir de la ley o estar dispuestos por ella y no afectar el núcleo esencial del derecho.

Por tanto, si los contratos de transporte suscritos por los distribuidores comercializadores o comercializadores impiden la eficiencia en el mercado y la maximización de beneficios derivados de los mecanismos de comercialización del gas natural adoptados mediante la Resolución CREG 118 de 2011 y sus modificaciones, el regulador está llamado a intervenir, en aras justamente de propender por la consecución de dichos fines, los cuales se encuentran legal y constitucionalmente protegidos. Así las cosas, no se vulnera el principio de la autonomía de la voluntad⁷², pues éste debe ceder ante la necesidad de intervención del regulador en aras de la obtención de los mencionados beneficios que no sólo se radican en cabeza de los usuarios no regulados, sino de los empleos que a través de éstos se puedan generar y varios otros beneficios, dentro de los que también se encuentra la competitividad del país. No sobra mencionar que, de acuerdo con las cifras reportadas por los distribuidores comercializadores al Sistema Único de Información, SUI, la demanda de usuarios no regulados atendidos por distribuidores comercializadores de enero a septiembre de 2011 representó, en promedio, el 16% de la demanda total nacional de gas natural. Así mismo, conforme a los datos obtenidos según las solicitudes de compra reportadas en la página del CNOGas en cumplimiento de lo establecido en el artículo 13 de la Resolución CREG 118 de 2011, para el proceso de comercialización de gas natural actualmente en curso la demanda de los usuarios no regulados representó en los campos o puntos de entrada al SNT con precio máximo regulado el 33% y en los campos o punto de entrada al SNT con precio libre el 48%.

⁷² Como se mencionó antes, en los servicios públicos, así como en las demás actividades de interés público, la autonomía de la voluntad está más restringida que la de otros particulares.

Adicionalmente, la actividad de transporte de gas natural se considera un monopolio natural y por tanto está sujeta a los cargos regulados aprobados por la CREG, los cuales permiten remunerar los costos y gastos eficientes en que incurre el transportador. En tal sentido no se espera que los agentes obtengan rentas extraordinarias en el eslabón de transporte donde no hay competencia cuando ya están construidas las redes. En este sentido, si el usuario no regulado percibe que el distribuidor comercializador o comercializador le cobra más por el transporte, tiene más incentivo para salirse y hacer by-pass a las redes de distribución. Con la medida propuesta se generan incentivos para que el distribuidor comercializador o comercializador cobre los costos eficientes al usuario no regulado y evite por esta vía la necesidad de estos últimos de conectarse directamente a la red de transporte.

En relación con la posible vulneración al principio de la confianza legítima, es preciso reiterar que la medida regulatoria si bien es de aplicación inmediata, es una medida transitoria que no desconoce el núcleo esencial de los derechos de los distribuidores comercializadores al reconocérseles 100% de cargos de transporte y otros costos eficientes. Adicionalmente, la medida no puede catalogarse de súbita, puesto que, como se mencionó, conforme a la agenda regulatoria de la CREG los agentes tienen conocimiento desde tiempo atrás, del interés del regulador de disponer medidas regulatorias de corto, mediano y largo plazo, relacionadas con el mercado secundario de gas natural, siendo de público conocimiento, no sólo la contratación y el desarrollo de las consultorías que se adelantan sobre el particular, sino los resultados de dichos informes, los cuales han sido puestos a consideración de los distintos agentes e interesados.

Por tanto, en adición a los demás argumentos que justifican la medida y dado que el principio de seguridad jurídica no impide cambios en las reglas, teniendo en cuenta que la medida no es arbitraria ni súbita, es viable su adopción por parte del regulador.

En cuanto a los derechos adquiridos, y recordando que éstos son aquellos que ya han entrado al patrimonio de una persona, baste con reiterar que la venta de capacidad de transporte en el mercado secundario implicaría un nuevo acuerdo para los distribuidores comercializadores o comercializadores, distinto al ya celebrado con el transportador, con lo cual, lo que existe actualmente en cabeza de los distribuidores comercializadores es una mera expectativa de una renta -que podría ser o no mayor a la que se obtiene de la aplicación de la medida que se propone- mas no un derecho adquirido que ya haya ingresado a su patrimonio.

Frente a la posible afectación de la confianza al inversionista, es preciso recordar que la empresa es base del desarrollo del país, pero tiene una función social que implica obligaciones y su acción se justifica en términos de la economía en general y no del interés particular del empresario. Por tanto, es claro que los inversionistas se encuentran inmersos en un régimen constitucional y legal del que son destinatarios y dentro de éste, conocen las potestades del Estado interventor en la economía, los fines de la misma, sus obligaciones, la función social que le es propia, así como las competencias de las agencias regulatorias para la consecución de los fines constitucionalmente protegidos. De cara a los usuarios no regulados, es claro que la medida regulatoria busca evitar un posible conflicto de interés, tal y como se mencionó en el documento soporte de la Resolución CREG151 de 2011. Por tanto, con todo lo que se ha mencionado hasta el momento, la medida no puede afectar la confianza inversionista, máxime cuando, se reitera, la Comisión en su agenda regulatoria ha anunciado la implementación en breve, de medidas de corto, mediano plazo y largo relacionadas con el mercado secundario de gas. Igualmente, se reitera que la medida transitoria se encuentra adecuadamente sustentada, por lo que mal podría ser tachada de arbitraria.

En el mismo sentido, del juicio de proporcionalidad efectuado por la Comisión, la medida es proporcional a los fines que se persiguen, esto es el desarrollo eficiente del mercado de gas y la asignación eficiente de un bien, sin desconocer el 100% de los cargos de transporte y demás gastos y costos eficientes al distribuidor comercializador o comercializador.

En adición a lo anterior, del ejercicio de ponderación efectuado, y del análisis de los comentarios recibidos, la Comisión considera que la propuesta debe complementarse e incluir dentro de los gastos a reconocer a los distribuidores comercializadores los gastos de administración, operación y mantenimiento de la actividad de transporte, AOM, así como los gastos operativos relacionados con desbalances y variaciones de entrada y salida si hay lugar a ello.

Así mismo, se dispondrá la necesidad de pago oportuno de los usuarios no regulados que usen la capacidad de transporte. Para ello se propone exigir que el usuario no regulado pague al distribuidor comercializador o comercializador los costos y gastos correspondientes (i.e. cargos de transporte, pérdidas hasta el 1% en transporte, impuestos, desbalances y variaciones de entrada y salida) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la respectiva factura. Si el usuario no regulado incumple esta fecha, el distribuidor comercializador o comercializador no estará obligado, a partir de esa fecha, a permitir el uso de la capacidad de transporte por parte del usuario no regulado.

Adicionalmente, esta medida además se complementa con modificaciones al reglamento único de transporte RUT, en lo que tiene que ver con las condiciones de acceso a los sistemas de transporte, y con reglas relacionadas con el by-pass a las redes del distribuidor comercializador, con lo cual se evidencia un ejercicio regulatorio juicioso, que corrobora la proporcionalidad y razonabilidad de la propuesta.

Finalmente, frente a los argumentos expuestos relacionados con un posible desincentivo a suscribir contratos de transporte en firme de largo plazo que involucren demanda regulada, es preciso mencionar que:

- i) La propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011 cubre únicamente un período de transición máximo de dos (2) años. Con esta propuesta se trata de evitar que haya contratación a largo plazo que implique capacidad de transporte redundante. Es decir, que haya que ampliarla cuando la capacidad existente es suficiente para atender la demanda actual.
- ii) La señal de expansión en transporte a través de contratos de largo plazo no se ha modificado. Es decir, las decisiones de inversión por parte del transportador seguirán siendo motivadas, en gran medida, por el nivel de contratación a largo plazo. Por tanto, el agente que requiera nueva capacidad de transporte (i.e. expansión del sistema), sea ésta para atender demanda de usuarios regulados o de usuarios no regulados, deberá acogerse a dicha señal para efectos de disponer de la capacidad de transporte.

Por las anteriores razones se concluye que la propuesta aquí analizada puede ser expedida por la CREG, no desconoce la libertad contractual que la Ley 142 de 1994 y las normas generales reconocen a los distribuidores comercializadores o comercializadores de gas natural, tampoco vulnera el principio de la confianza legítima o los derechos adquiridos, guarda concordancia con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad y razonabilidad, y no desincentiva la confianza inversionista. Adicionalmente, como se expuso, la propuesta regulatoria busca cumplir los objetivos legales que tanto la Constitución como

la Ley 142 de 1994 asignaron a la regulación como mecanismo de intervención del Estado en el servicio de gas combustible para hacer coincidir los intereses de los prestadores del servicio con los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho.

2.2 Comentarios de industriales

En general, los industriales y el gremio que los representa manifestaron que las medidas propuestas con la Resolución CREG 151 de 2011 contribuyen a la formación eficiente de precios para los usuarios finales no regulados. Adicionalmente, solicitan incluir los siguientes puntos:

"

1. Que el usuario No Regulado pueda designar a su comercializador de preferencia para que lo represente en la contratación del transporte.
2. Que los usuarios que estén conectados directamente al tubo de transporte y que actualmente adquieran dicho suministro a través de un agente que tiene contratada la capacidad de transporte, pueda acceder a los mecanismos transitorios de uso de capacidad de transporte".

Respuesta

Con respecto al primer punto se debe aclarar que la propuesta de la Resolución CREG 151 es una opción para los casos en que usuarios no regulados, que están embebidos en la respectiva red de distribución, no logran obtener capacidad de transporte. Esta opción permite que el usuario no regulado haga uso de la capacidad de transporte que está contratada por el distribuidor comercializador. El resultado final del ejercicio de esta opción no es un contrato de transporte entre el usuario regulado y el transportador, ni tampoco es una cesión de contrato del distribuidor comercializador al usuario no regulado. El distribuidor comercializador mantiene sus derechos y responsabilidad contractuales frente al transportador.

De lo anterior no es claro a qué se refiere el concepto de "representante en la contratación de transporte". En todo caso, la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011 no impide que los agentes recurran a figuras de representación para aplicar las disposiciones previstas en la Resolución CREG 151 de 2011. Desde el punto regulatorio es inadecuado establecer quiénes podrían o deberían ser tales representantes; esto es un asunto de la órbita de cada agente.

Con respecto al segundo punto se considera que el caso planteado está dentro del principal fundamento de la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011. Como se indica en el Documento CREG 118 de 2011, el fundamento de la propuesta de la Resolución CREG 151 es contribuir con el desarrollo eficiente y transparente del mercado de gas. Específicamente se considera que la mejora en eficiencia del mercado se logra cuando usuarios no regulados compran gas a través de los mecanismos de comercialización definidos en la Resolución CREG 118 de 2011, y aquellas que la han modificado y complementado.

La propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011 consideró únicamente al distribuidor comercializador y al usuario no regulado dado el posible conflicto de interés que tendría el distribuidor comercializador para vender la capacidad de transporte a estos usuarios no regulados⁷³. Sin embargo, este eventual conflicto también se presentaría en el caso

⁷³ El posible conflicto de interés surge porque a través de precios el distribuidor comercializador puede desincentivar a que el usuario no regulado compre gas a otro comercializador.

planteado en el punto 2 de estos comentarios. En tal sentido considera pertinente ajustar la propuesta para incluir este punto.

2.3 Comentarios de terceros interesados

Terceros interesados presentaron las siguientes observaciones y comentarios:

"OBSERVACIONES

1. *Cómo se determina el mecanismo para identificar si un Distribuidor-Comercializador tiene contratados derechos de capacidad de transporte suficientes para atender a un usuario no regulado conectado actualmente al sistema de distribución y pueda ser identificado por los posibles usuarios no regulados que tienen interés en utilizar este mecanismo?*
2. *Cómo obligar a que el distribuidor-comercializador durante el periodo definido por la resolución 118 de 2011, no ceda los derechos de capacidad de transporte a terceros que no tengan la misma calidad económica y moral, de tal forma que perjudique al usuario no regulado que está utilizando el mecanismo planteado?"*

Respuesta

Sobre el particular es pertinente indicar:

- i) Se considera que el hecho de que el distribuidor comercializador esté atendiendo el respectivo usuario no regulado, y que el usuario regulado no encuentra capacidad disponible primaria para el período de transición (i.e. enero 2012 a diciembre de 2013), es suficiente evidencia de que el distribuidor comercializador tiene contratada la capacidad de transporte por lo menos para el período de transición.
- ii) El distribuidor comercializador debe permitir el uso de la capacidad contratada a los usuarios no regulados que esté atendiendo al momento de entrar en vigencia las disposiciones propuestas en la Resolución CREG 151 de 2011. Es decir, el distribuidor comercializador no puede permitir el uso de esa capacidad a otros usuarios en detrimento de los usuarios no regulados que ya estaban siendo atendidos. Se propone dejar explícita esta parte en la resolución definitiva.

"COMENTARIOS

1. *Ampliar a todos los usuarios no regulados embebidos en las redes del distribuidor que hayan participado o no en la compra de gas a través de los mecanismos de comercialización adoptados mediante la resolución CREG 118 de 2011. Es decir, no limitar este mecanismo, por cuanto algunos usuarios no regulados por su tamaño de la demanda, no podían acceder al mecanismo definido en la resolución CREG 118 de 2011".*

Respuesta

Como se indica en el Documento CREG 118 de 2011, el fundamento de la propuesta de la Resolución CREG 151 es contribuir con el desarrollo eficiente y transparente del mercado de gas. Específicamente se considera que la mejora en eficiencia del mercado se logra cuando usuarios no regulados compran gas a través de los mecanismos de comercialización definidos en la Resolución CREG 118 de 2011, y aquellas que la han modificado y complementado.

De acuerdo con lo anterior, la propuesta contenida en la Resolución CREG 151 de 2011 se enfoca en usuarios no regulados que obtengan gas a través de los mecanismos de comercialización previstos en la Resolución CREG 118 de 2011, y aquellas que la han modificado y complementado. La inclusión de usuarios que obtengan gas a través de otros mecanismos está fuera del fundamento en el que se basó la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011.

"

1. *Cuando se trata de un usuario nuevo en el sistema de distribución, por sus condiciones de entrar a consumir después del periodo fijado por la regulación, también pueda tener derecho de utilizar este mecanismo, para maximizar la utilización de la capacidad de transporte contratada por el distribuidor".*

Respuesta

La propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011 considera los usuarios no regulados ubicados dentro de una red de distribución, a los que el distribuidor comercializador les preste el servicio de gas al momento de quedar en firme las disposiciones propuestas. De esta manera se garantiza que la capacidad de transporte que haya contratado el respectivo distribuidor comercializador sea suficiente para atender los usuarios que en su momento estén siendo atendidos. Si se incorporan nuevos usuarios, o usuarios que entran al sistema con posterioridad a la entrada en vigencia de las respectivas disposiciones, se podría comprometer la capacidad de aquellos usuarios que ya estén siendo atendidos. Se considera que los nuevos usuarios tienen mayor flexibilidad en el proceso de negociación pues aún no han tomado la decisión de conectarse al sistema.

"

1. *Obligar al distribuidor-comercializador a firmar los acuerdos de asignación de medición exigidos por el transportador, para permitir además del acceso a los derechos contractuales de la capacidad de transporte, el uso efectivo de las redes de distribución. En algunas zonas del territorio nacional, distribuidores-comercializadores no firman los acuerdos de asignación de medición para no permitir la competencia en las redes de su zona geográfica. Es decir, cuando un usuario no regulado opta por comprar directamente el suministro de gas y el servicio de transporte, u opta por otro comercializador para que le preste este servicio, el distribuidor no firma el acuerdo de asignación de medición con el transportador e impide al usuario no regulado llevar el gas hasta su domicilio".*

Respuesta

Conviene aclarar que en la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011 el distribuidor comercializador conserva sus derechos y obligaciones en el contrato de transporte suscrito con el transportador. Es decir, no hay cesión de contrato por parte del distribuidor comercializador al usuario no regulado. Esto implica que el distribuidor comercializador y el usuario no regulado deben coordinar el proceso operativo (e.g. nominaciones, medición), pero el distribuidor comercializador siempre será responsable frente al transportador.

Se entiende que podrían requerirse acuerdos entre agentes si el usuario contrata directamente, o a través de tercero, servicios de capacidad de transporte. Este no es el caso de la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011.

"

- Ampliar a todos los remitentes que hayan contratado una capacidad de transporte primaria hasta cualquier punto de salida del gasoducto, que los usuarios no regulados puedan usar esta

capacidad de transporte disponible, para garantizar la prestación eficiente, libertad de la competencia y los mecanismos que garanticen el acceso al servicio”.

Respuesta

Se entiende que este comentario se refiere los siguientes casos:

- iii) Cuando el usuario no regulado está embebido en una red de distribución de un distribuidor comercializador, y es atendido por el respectivo distribuidor comercializador, pero tiene la posibilidad de adquirir el transporte con otro remitente (i.e. usuario del servicio de transporte) distinto al distribuidor comercializador de la respectiva red de distribución.
- iv) Cuando el usuario no regulado está embebido en una red de distribución de un distribuidor comercializador, y es atendido por un comercializador (e.g. comercializador puro) distinto al distribuidor comercializador de la respectiva red de distribución, pero tiene la posibilidad de adquirir el transporte con otro remitente (i.e. usuario del servicio de transporte) distinto al comercializador que lo está atendiendo.

Para el primer caso se debe indicar que la propuesta de la Resolución CREG 151 es una opción para los casos en que usuarios no regulados no logran obtener capacidad de transporte. Es decir, los usuarios no regulados podrían adquirir capacidad de transporte con otros remitentes, o directamente con el transportador, antes de ejercer la opción prevista en la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011. La propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011 considera únicamente al distribuidor comercializador y al usuario no regulado dado el posible conflicto de interés que tendría el distribuidor comercializador para vender la capacidad de transporte a estos usuarios no regulados⁷⁴. No se observa la posibilidad de tal conflicto de interés cuando el usuario no regulado compra capacidad de transporte a remitentes distintos al distribuidor comercializador de la red de distribución que atiende al usuario regulado.

Para el segundo caso sí se observa la posibilidad de presentarse el mismo conflicto de interés que se presenta con el distribuidor comercializador de la red de distribución. Es decir, a través de los precios en mercado secundario de transporte el comercializador (e.g. comercializador puro) que atienda al usuario no regulado, embebido en la red de distribución de un distribuidor comercializador, podría desincentivar al usuario no regulado a obtener gas a través de otro comercializador haciendo uso de los mecanismos previstos en la Resolución CREG 118 de 2011, y aquellas que la han modificado y complementado. En tal sentido se propone ajustar la propuesta de la Resolución CREG 151 de tal manera que sea aplicable en este caso.

“..., sugerimos que se aclare el tema de la contraprestación de 1.67% que le pagaría el usuario no regulado al distribuidor comercializador por las gestiones, ya que entendemos que si el usuario cambia de comercializador pagaría el porcentaje pero si se mantiene con el mismo proveedor no debería pagarlo. De ser así esto podría representar una barrera de entrada para nuevos actores en el mercado”.

Respuesta

Cabe anotar que el margen de 1,67% es el mismo que está vigente (artículo 23 de la Resolución CREG 011 de 2003) para remunerar parte del cargo base de comercialización

⁷⁴ El posible conflicto de interés surge porque a través de precios el distribuidor comercializador puede desincentivar a que el usuario no regulado compre gas a otro comercializador.

de gas por redes a usuarios regulados. Para el caso de usuarios regulados este margen se aplica sobre el valor facturado por los componentes G (precio del gas), T (transporte) y D (distribución).

En la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011 se establece que “el usuario no regulado le pagará el 1,67% sobre el valor resultante de aplicar, a la capacidad de transporte y al volumen transportado, los cargos fijos y variables que remuneran la inversión del respectivo tramo de gasoducto, y que hayan sido pactados entre el distribuidor comercializador y el transportador”. Como se puede observar, el margen de 1,67% se aplica sobre los cargos fijos y variables que remuneran inversión en transporte. Este margen remunera las gestiones que realiza el distribuidor comercializador frente al transportador (i.e. nominaciones, ajuste de balances, riesgo de cartera) para que el usuario no regulado disponga del servicio de transporte.

Si el usuario no regulado embebido en la red de distribución se mantiene con el mismo proveedor (i.e. distribuidor comercializador de la respectiva red) no está exento de asumir algún valor por concepto de la comercialización del transporte, adicional al valor por concepto de la comercialización del gas (i.e. el G) y de la distribución (i.e. el D). Para el caso de usuarios regulados el margen de comercialización sobre todas las componentes (i.e. G, T y D) es de 1,67%. Por tanto, no es cierto que el usuario no regulado, embebido en red de distribución, no deba pagar margen de comercialización por concepto de transporte cuando es atendido por el distribuidor comercializador de la red de distribución.

“1. La resolución menciona que abarca a los usuarios no regulados que ‘comprén gas a través de los mecanismos de comercialización de la Resolución 118/2011’, aunque nos parecería conveniente aclarar que se trata de los usuarios no regulados que comprén dicho gas ‘directa y/o indirectamente’ en dicho mecanismo (pues, por ejemplo para el campo Ballena, sólo unas seis empresas han hecho solicitudes en forma directa, y entiendo esta Resolución debiera abarcar a todos aquellos usuarios que comprén su gas en dicho mecanismo pero no sólo por su cuenta, sino a través de agentes diferentes a los distribuidores-comercializadores como pueden ser los agentes térmicos, comercializadores puros, o a través de cesiones de otras industrias”.

Respuesta

Se considera adecuada esta observación en el sentido de que los usuarios no regulados pueden obtener gas a través de los mecanismos previstos en la Resolución CREG 118 de 2011, y aquellas que la modifiquen o complementen, de manera directa o a través de terceros que los representen. En tal sentido se propone aclarar la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011.

“2. La reventa del transporte proponemos se realice a la tarifa correspondiente aprobada por la CREG, sin tener que abonar el usuario el 1,67% sobre los cargos fijos y variables de transporte. Lo anterior lo fundamentamos en que, si bien el distribuidor-comercializador por supuesto que debe recuperar el costo en el cual haya incurrido, nos preguntamos si el hecho de abonar dicho porcentaje podría no significar la falta de un incentivo genuino en el distribuidor-comercializador para hacer una eficiente gestión de compra en nombre de sus clientes. Ese riesgo tal vez ya está formando parte del riesgo implícito de las operaciones que éste desarrolla, razón por la cual preguntamos a uds si es correcto retribuirles con esa suma. Otra propuesta que pensamos para evitar lo anterior podría ser, a futuro, la fijación de un límite superior para el distribuidor comercializador en la cantidad de transporte que contrate dado, por ejemplo, por la demanda total real del año anterior más la estimación del porcentaje de crecimiento natural de dicha demanda estimada por la UPME, de forma tal de dejar disponible

para otros agentes la capacidad de transporte que los transportistas pudieran disponer para su venta”.

Respuesta

Anteriormente se indicó que el margen de 1,67% es el mismo que está vigente (artículo 23 de la Resolución CREG 011 de 2003) para remunerar parte del cargo base de comercialización de gas por redes a usuarios regulados. Para el caso de usuarios regulados este margen se aplica sobre el valor facturado por los componentes G (precio del gas), T (transporte) y D (distribución). Cualquier comercializador que atienda un usuario no regulado incurrirá en gastos por la gestión de la componente de transporte. La propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011 plantea regular el margen sobre la componente de transporte para el caso de usuarios no regulados que apliquen la opción establecida en este proyecto de Resolución; el margen sobre las demás componentes queda sujeto a competencia.

De otra parte, la propuesta de limitar hacia el futuro la cantidad de transporte que puede comprar el distribuidor comercializador no hace parte de las disposiciones propuestas en la Resolución CREG 151 de 2011.

“3. Independientemente del punto anterior, nuestra pregunta es si los usuarios no regulados (quienes deban pagar ese 1,67% o no, según se acepte la propuesta que realizáramos) podrían acceder a conocer el acuerdo que haya sido pactado entre el distribuidor-comercializador y el transportador, de forma tal de introducir el criterio de transparencia, y dando así una justificación (o ‘accountability’) bien fundamentada de lo que el distribuidor-comercializador haya acordado en nombre de sus clientes”.

Respuesta

La propuesta de la Resolución CREG 151 es una opción para los casos en que usuarios no regulados no logran obtener capacidad de transporte. Así, los usuarios no regulados podrían adquirir capacidad de transporte con remitentes distintos al distribuidor comercializador, con el transportador o incluso con el distribuidor comercializador de la respectiva red de distribución, antes de ejercer la opción prevista en la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011. Así, en el proceso de negociación previo al ejercicio de la opción los distribuidores comercializadores y los usuarios no regulados pueden utilizar la información que esté a su alcance. Desde el punto de vista regulatorio se requiere la publicación de los cargos regulados, o aprobados por regulación. Los cargos y márgenes que pacten las partes corresponden al ámbito de la negociación privada.

“4. Otra duda que se nos generó en la lectura es respecto al artículo 1, donde se establece el plazo de cinco (5) días calendario a partir del inicio de las negociaciones o de la solicitud efectuada por el usuario no regulado. Nos preguntamos si esto se está refiriendo a las negociaciones de gas que el usuario haya realizado a través del mecanismo de la resolución CREG 118? si es así, serían 5 días contados desde la determinación de las negociaciones bilaterales en el campo Cusiana, determinadas el pasado 18 de noviembre? o se refiere a 5 días contados a partir del momento en el cual el usuario tenga su contrato de gas firmado? o simplemente se refiere a que el distribuidor-comercializador tiene 5 días para responder ante la solicitud del usuario para el uso de esa capacidad de transporte?”

Respuesta

La propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011 establece que el distribuidor comercializador y los usuarios no regulados “podrán acordar, en un plazo de cinco (5) días

calendario contados a partir del inicio de las negociaciones, o de la solicitud efectuada por el usuario no regulado, las condiciones bajo las cuales ...” Esta propuesta no hace referencia al proceso de negociación en la compra del gas. La propuesta se refiere al proceso de obtención de la capacidad de transporte que requiera el usuario no regulado. Se propone aclarar este aspecto en la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011.

De otra parte, debe notarse que los cinco (5) días no es el plazo que tiene el distribuidor comercializador para responder ante la solicitud de capacidad de transporte por parte del usuario. Los cinco (5) días es el plazo en el cual las partes podrán acordar las condiciones bajo las cuales el distribuidor comercializador permite el uso de la capacidad contratada.

2.4 Comentarios del CNO-Gas

El Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, CNO-Gas, a través de su secretario técnico, manifestó lo siguiente:

“Uno de los efectos previsibles de las medidas propuestas por la CREG para el uso de la capacidad de transporte contratada por los Distribuidores-Comercializadores por parte de usuarios no regulado será el incremento de usuarios en la red de distribución atendidos por un Comercializador independiente al Distribuidor establecido.”

Tal situación genera mayor complejidad en la operación de la red y en la medición del flujo de gas en la misma. Por lo anterior, consideramos necesario establecer, por vía regulatoria, la obligatoriedad de que los usuarios que opten por la alternativa propuesta por la CREG cuenten con equipos de Telemedición a fin de viabilizar una correcta y oportuna determinación del balance de energía de los diferentes puntos de la red y contribuir a una operación segura de la misma tanto en condiciones normales como en emergencias o en racionamiento de gas.

Esta recomendación particular es consecuente con la propuesta general formulada por el CNOGas el pasado mes de Septiembre, tendiente a hacer exigible la Telemedición a todos los Grandes Usuarios conectados a los sistemas de distribución o de transporte de gas natural”.

Respuesta

El Reglamento Único de Transporte, RUT, establece que “la cuenta de balance de energía se actualizará diariamente de acuerdo con las mediciones que efectúe el transportador”. Para el caso que nos ocupa serán las mediciones que efectúe el transportador en la frontera del sistema de distribución en el cual esté embebido el usuario no regulado. Esto significa que, bajo el ámbito de la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011, el distribuidor comercializador deberá realizar el balance dentro de su sistema de distribución con aquellos usuarios embebidos en su red de distribución que sean atendidos por un comercializador distinto al distribuidor comercializador. Para el balance diario el distribuidor comercializador requerirá las respectivas mediciones diarias, lo cual es práctico si se tiene telemedición. En tal sentido el comentario planteado por el CNO-Gas es adecuado.

De acuerdo con la propuesta presentada por el CNO-Gas en septiembre de 2011, se pueden anotar los siguientes aspectos de la telemedición⁷⁵:

i) La telemedición comprende los siguientes elementos:

- **Terminal remota:** la compone la unidad electrónica de adquisición de datos, ubicada en las instalaciones del usuario.

⁷⁵ Documento CNOGAS-04-11 versión 1, septiembre 29 de 2011.

- **Sistemas de comunicaciones:** compuesta por los equipos que reciben datos y los transmiten al centro de supervisión.
- ii) Al rededor del 70% de los puntos de salida en sistemas de distribución, y el 60% en transporte, tienen telemedición, no obstante que gran parte de los equipos son propiedad del distribuidor y del transportador respectivamente.
- iii) A septiembre de 2009 el costo de un sistema de telemetría para un usuario con consumo superior a 100 kpcd, sin incluir el plan de comunicaciones, puede alcanzar en promedio COP\$ 12,4 millones. Para consumos entre 100 kpcd y 500 kpcd este costo puede representar entre el 0,28% al 0,06% del costo mensual de la factura.

La propuesta presentada por el CNO-Gas en su documento de septiembre de 2011 corresponde a disposiciones que podrían hacer parte, si la CREG las adopta, del RUT para caso de transporte o del Código de Distribución para el caso de distribución. No obstante, por ahora y con el fin de hacer operativa la propuesta de la Resolución CREG 151 de 2011, se considera adecuado exigir la telemedición con los siguientes elementos presentados por el CNO-Gas en su documento de septiembre de 2011:

- i) El usuario será el responsable de los costos de inversión, incluida la instalación, y los costos de administración, operación y mantenimiento de la terminal remota cumpliendo los protocolos operativos que establezca el transportador o el distribuidor, según el caso, así como las recomendaciones de los fabricantes del equipo.
- ii) El transportador o el distribuidor, según el caso, dispondrá de los servicios de comunicaciones necesarios para la transmisión de señales desde los puntos de medida hasta los centros de control correspondientes.
- iii) Un período de transición de doce (12) meses para que los usuarios con consumos superiores a 200 kpcd instalen y pongan en operación los equipos de telemedición. Los usuarios con consumos entre 100 y 200 kpcd tendrán un período de transición de 18 meses.

Lo anterior sin perjuicio de las demás disposiciones que sobre el particular pueda adoptar la CREG en el futuro.

Se considera que lo anterior no representa un esfuerzo significativo para los agentes dado que, como lo indica el CNO-Gas, los costos son menores y gran parte de la demanda ya tiene sistema de telemedición.

Por tanto, se propone incluir en la Resolución CREG 151 de 2011 la exigencia de telemedición, con los elementos indicados anteriormente, en los puntos de salida de los usuarios no regulados que acojan la opción propuesta en la mencionada resolución.

3. PROPUESTA A LA CREG

Con base en los anteriores análisis se propone a la CREG adoptar el proyecto de Resolución anexo a este documento.

4. ANÁLISIS EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY 1340 DE 2009

La CREG efectuó el análisis correspondiente encontrando que no se hace necesaria su remisión a la Superintendencia de Industria y Comercio para los fines antes anotados. A continuación se presenta el detalle de este análisis.

Análisis en el marco del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009

En desarrollo de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expidió el Decreto 2897 de fecha 5 de agosto de 2010, en el que determinó las autoridades que deben informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo que se proponen expedir con fines de regulación, así como las reglas aplicables para la rendición por parte de esa Superintendencia del concepto previo a que hace referencia el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009. En desarrollo de lo establecido por el artículo 5º del Decreto 2897 de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio adoptó mediante Resolución 44649 de 2010 el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios a que hace referencia el citado artículo del Decreto 2897 de 2010.

La CREG efectuó el análisis correspondiente, encontrando que no se hace necesaria su remisión a la Superintendencia de Industria y Comercio para los fines antes anotados, por no tener incidencia sobre la libre competencia.

A continuación se presenta el análisis efectuado por la CREG, con base en el cuestionario adoptado por la SIC:

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, SIC

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

OBJETO PROYECTOS DE REGULACIÓN:

No. DE RESOLUCIÓN O ACTO: "Por la cual se establecen medidas relacionadas con el uso de la capacidad de transporte contratada por distribuidores comercializadores y comercializadores por parte de usuarios no regulados y se dictan otras disposiciones".

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

RADICACIÓN:

Bogotá, D.C. _____

No.	Preguntas afectación a la competencia	Si	No	Explicación	Observaciones
1.	¿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	El acto administrativo establece medidas relacionadas con el transporte de gas con el fin de propiciar concurrencia en la comercialización de gas natural.	
1.1	Otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes.		X		
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 procesos de producción o su firma de organización industrial.		X		

2.8	Limita la innovación para ofrecer nuevos productos o productos existentes pero bajo nuevas formas-		X		
3^a.	¿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 corregulación.		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	El acto administrativo establece medidas relacionadas con el transporte de gas con el fin de propiciar concurrencia en la comercialización de gas natural.	