



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 086 DE 2009

(01 SET. 2009)

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de las atribuciones legales, en especial las conferidas por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2253 de 1994.

CONSIDERANDO QUE:

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 14.28 de la Ley 142 de 1994, la actividad de transporte de gas natural es una actividad complementaria del servicio público domiciliario de gas combustible.

Según lo dispuesto por el Artículo 28 de la Ley 142 de 1994, la construcción y operación de redes para el transporte de gas, así como el señalamiento de las tarifas por uso, se regirán exclusivamente por esa Ley.

El Artículo 73.11 de la Ley 142 de 1994 atribuyó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la competencia para establecer las fórmulas para la fijación de las tarifas del servicio público domiciliario de gas combustible.

Según lo dispuesto por el Artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas.

Mediante la Resolución CREG 001 de 2000, y otras que la modifican y complementan, se adoptó la metodología y criterios generales para determinar la remuneración del servicio de transporte y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte de gas natural.

Mediante la Resolución CREG 015 de 2001 la Comisión estableció los cargos regulados para el Sistema de Transporte de la Transportadora de Metano E.S.P. S.A., TRANSMETANO. La empresa interpuso recurso de reposición contra este acto, el cual se resolvió mediante la Resolución CREG 072 de 2001.

1/33

Handwritten signatures and marks at the bottom of the page.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

Mediante comunicación con radicación E-2008-004303 la Transportadora de Metano E.S.P. S.A., TRANSMETANO, presentó a la CREG una solicitud de revisión de la tarifa aprobada mediante la Resolución CREG 015 de 2001 para incluir inversiones no previstas en el Plan de Nuevas Inversiones aprobado mediante la Resolución CREG 015 de 2001. La solicitud comprende, textualmente, las siguientes peticiones:

"2.1 Principales

- a. Solicito modificar el Programa de Nuevas Inversiones establecido en la resolución CREG 015 de 2001, incluyendo aquellas que se determinan en el presente documento.
- b. De acuerdo con lo anterior, solicito modificar los cargos regulados para el sistema de transporte de TRANSMETANO, estampillando la inversión existente con las inversiones que se proyectan hacer.

2.2 Secundarias

- a. En caso de no aceptar la petición principal, se solicita emitir una resolución en la cual expresamente se diga que la inversión en el Ramal a Oriente efectuada por TRANSMETANO será tomada en cuenta como inversión existente en el próximo periodo tarifario estampillando todas las inversiones efectuadas por TRANSMETANO en una misma base tarifaria".

Las inversiones que prevé hacer la Transportadora de Metano E.S.P. S.A., TRANSMETANO, tienen como objetivo el cubrimiento de la red de transporte de gas para todo el oriente antioqueño. Inicialmente para los municipios de: Guarne, Rionegro, Marinilla y Santuario.

Estas poblaciones conforman el mercado relevante de distribución y comercialización para el cual la CREG aprobó, mediante la Resolución CREG 52 de 2007, el Cargo Promedio de Distribución y el Cargo Máximo Base de Comercialización de gas natural distribuido por redes a usuarios regulados.

Mediante la Resolución CREG 062 de 2009 la CREG resolvió no acceder a la solicitud de revisión tarifaria presentada por la Transportadora de Metano E.S.P. S.A., TRANSMETANO. En síntesis, como motivos para la adopción de esta decisión se expone (i) que la metodología vigente para la determinación de la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte, Resolución CREG 001 de 2000 y otras que la modifican y complementan, no prevé la actualización de los cargos aprobados que se encuentren vigentes, (ii) que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, la revisión de la fórmula tarifaria es inoportuna, (iii) la solicitud no revela la existencia de economías de escala, (iv) el principio de solidaridad invocado no puede prosperar porque las decisiones de la CREG en materia de estampillamiento no pueden provenir de la definición autónoma de criterios de solidaridad, (v) no se demuestra que con el estampillamiento se promueva la competencia, y (vi) tampoco puede prosperar la petición subsidiaria, a través de la cual se pretende que se emita una resolución en la que, expresamente, se diga que la inversión en el Ramal Oriente será tomada en cuenta como inversión existente en el próximo periodo

2/33

PC

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

tarifario, estampillando todas la inversiones efectuadas, pues el regulador del presente no puede comprometer mediante un acto particular decisiones que le compete tomar al regulador del futuro.

Mediante las comunicaciones E-2009-004998 y E-2009-005028 presentadas los días 2 y 3 de junio de 2009, respectivamente, la Transportadora de Metano E.S.P. S.A., TRANSMETANO, interpuso, oportunamente, recurso de reposición contra lo dispuesto en la Resolución CREG 062 de 2009. Debe observarse que como la segunda comunicación de las citadas contiene una transcripción casi que literal de la primera, con unas mínimas adiciones, será la tenida en cuenta para los fines de esta decisión.

Mediante la comunicación E-2009-005969 del 2 de julio de 2009, ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. en adelante ALCANOS, interpuso, oportunamente, recurso de reposición contra lo dispuesto en la Resolución CREG 062 de 2009.

1. Argumentos de los recurrentes:

Los argumentos de los recurrentes son del siguiente tenor:

Recurso de TRANSMETANO (Rad. CREG E-2009-005028)

"1. Aspectos preliminares

Tal y como se desprende de la resolución incoada, la Comisión de Regulación de Energía y Gas decidió rechazar la solicitud de modificación tarifaria, que pretendía que se definiera un cargo estampilla para el gasoducto que opera en la actualidad TRANSMETANO, con el Ramal del Oriente que atenderá todas las poblaciones ubicadas en el Oriente Antioqueño.

Los argumentos esbozados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, parten de la imposibilidad jurídica derivada de la existencia de una metodología tarifaria, que solo prevé la modificación de las tarifas antes de los cinco años de su existencia y mientras ésta no sea modificada, y terminan justificándose en que no existen pruebas suficientes respecto de los argumentos presentados por TRANSMETANO, asociados a la existencia de economías de escala, la aplicación del principio de solidaridad, y la libre competencia.

Sea lo primero advertir, que el pronunciamiento de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, contenido en la Resolución, no es completo respecto a los fundamentos de derecho presentados por TRANSMETANO a lo largo de la solicitud tarifaria, y por el contrario, se olvidaron argumentos que se consideraban importantes al momento de definir la tarifa.

Sin perjuicio de lo anterior, y respecto a los argumentos de carácter legal expresados por la Comisión, es importante anotar que si bien es cierto que la metodología de transporte de gas definida por la Comisión, no contempla la posibilidad de modificación de las tarifas después de los cinco años, esta afirmación contenida en la ley parte del supuesto que la metodología tarifaria se renueva cada cinco años. Sin embargo esta metodología debió ser actualizada en el año 2005, cuando cumplió los cinco años de vigencia y hasta el momento, cuatro años después de su vencimiento, esta no ha sido actualizada.

En este sentido, la posición expresada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas en la resolución incoada, parte de un supuesto que no es cierto, que es que la

J

lu

3/33
PC

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

metodología es aplicable, y que la Comisión actuó dentro de los tiempos que para el efecto determina la misma ley 142 de 1994.

Así, si se asumiera por un momento que la Resolución 001 de 2000 que determinó la metodología tarifaria, hubiese sido debidamente actualizada en el año 2005, la solicitud no hubiese sido tramitada como tal, sino que por el contrario, TRANSMETANO hubiese recurrido a introducir las inversiones necesarias para la construcción del Ramal del Oriente, dentro de la base de inversiones, a través de la figura del Programa de Nuevas Inversiones, y en ese sentido, lograr los objetivos perseguidos con la solicitud.

De acuerdo con anterior, la posición asumida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas en la resolución incoada, implica no solamente que TRANSMETANO no pueda actualizar su base tarifaria, derivado precisamente del hecho que la Comisión no cumplió con las fechas establecidas en la ley para la actualización de la metodología de transporte, sino que adicionalmente, no es posible realizar las expansiones necesarias para darle cubrimiento a los mercados del Oriente Antioqueño, precisamente porque ésta no contempla esa posibilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, y como se verá del desarrollo del presente documento, contrario a la posición asumida por la Comisión, el proyecto de expansión al Oriente Antioqueño cumple de manera suficiente con los principios de eficiencia y suficiencia financiera establecidos en el artículo 87, así como con los principios de solidaridad y redistribución contenidos en el mismo artículo, y que resultan de obligatorio cumplimiento para la misma Comisión.

Así mismo, la forma en que se planteó la solicitud tarifaria, busca beneficiar a todos los usuarios de TRANSMETANO, de las economías de escala con las que cuenta en la actualidad, cumpliendo de esta manera con los objetivos previstos por la ley para la intervención del estado en los sectores de servicios públicos domiciliarios. (Artículo 2, Ley 142 de 1994).

No existe, dentro del texto de la resolución incoada, un solo argumento numérico que rebata la información presentada por TRANSMETANO, relacionada con la captura y acumulación de economías de escala, con los beneficios que el estampillamiento del gasoducto traería a los usuarios del Oriente Antioqueño, y mucho menos de la forma como una tarifa independiente aumentaría el bienestar social de los usuarios de la región, respecto de lo cual nos pronunciaremos de manera puntual en el presente documento.

2. Breve pronunciamiento respecto de los argumentos de carácter jurídico expresados por la CREG.

De manera general, el argumento puesto a consideración por la Comisión en la resolución incoada, parte del supuesto de que en primer lugar, que la metodología tarifaria actualmente vigente, inserta en la resolución 001 de 2000, no admite la modificación tarifaria pues han pasado más de cinco años de vigencia de la resolución, y en segundo lugar, que no hay lugar a la aplicación del artículo 126, por no existir bases ciertas que permitan tomar la decisión en ese sentido.

Respecto del primer argumento, tal y como se dijo con anterioridad, es importante recordar que la metodología tarifaria, de acuerdo con los parámetros establecidos por el mismo artículo 126 de la ley 142 de 1994, obliga al regulador a actualizarla cada cinco años, lo que para los efectos que nos ocupa, implica que ésta debió ser modificada en el año 2005.

7

2m

4/33
PC

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

Así entonces, el Regulador, que incumplió su deber de revisión tarifaria, le está trasladando los efectos de su actuación a la empresa, negándole la solicitud de la revisión tarifaria, y a los usuarios del Oriente Antioqueño, imponiéndoles una tarifa superior a aquella que obtendrían si el regulador hubiese cumplido con los términos establecidos en la ley para la actualización de las bases metodológicas.

En cualquier caso, es importante anotar que la metodología tarifaria es una resolución, que en su naturaleza de tal, es un acto administrativo, sometida en cualquier caso a los mandatos que establece tanto la Constitución Nacional como la ley 142 de 1994.

En ese sentido, es importante anotar que el legislador, previó como uno de los criterios para determinar e interpretar la intervención del Estado en el sector, la expansión del servicio público, tal y como lo establece el artículo dos de la ley 142 de 1994, que al respecto señala:

"Artículo 2. Intervención del estado los servicios públicos. El estado intervendrá en los servicios públicos conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco lo dispuesto en los artículos 334.336, y 365 a 370 de la Constitución Política, hará los siguientes fines:

2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios"

En ese sentido, el mandato anterior, debe acompañar de forma permanente la interpretación de la regulación, tal y como de manera expresa lo manda el artículo 13 de la misma ley 142 de 1994.

En lo que respecta al segundo argumento, en relación con la existencia de hechos que ameriten la modificación de la tarifa en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la ley 142, a continuación desarrollamos la argumentación respectiva.

3. Viabilidad de la aplicación del artículo 126 de la ley 142 de 1994

Para efectos de analizar la viabilidad de la aplicación del artículo 126 de la ley 142 de 1994, la Comisión realizó un análisis respecto de la discrecionalidad que le asiste en la modificación de las tarifas, en virtud del artículo en mención; respecto de las mismas señaló lo siguiente:

"Se deduce de estas normas que discrecionalidad no equivale a arbitrariedad ni capricho. En tanto el ejercicio de la facultad discrecional debe estar fundada en unos hechos válidamente aceptados que le sirvan de causa, y debe ser adecuada a los fines de la norma que faculta, se concluye que la modificación de las tarifas debe tener como causa la existencia de unos hechos válidos, demostrables, y que debe atender a los fines legalmente previstos en las normas que otorgan tal facultad.

En este caso la petición de la empresa se soporta, en términos generales, en que con la revisión tarifaria, esto es, con el estampillamiento de la inversión en el ramal del Oriente con los cargo de transporte aprobados mediante la Resolución CREG 015 de 2001, se obtienen economías de escala, se logrará mejor manera la aplicación del principio de solidaridad y redistribución de ingresos y se promueve la libre competencia"

A continuación, el regulador afirmó, sin sustentación alguna, que en el caso particular de TRANSMETANO, no se logran las economías de escala, no hay lugar a la aplicación del principio de solidaridad, y tampoco se promueve la libertad de competencia

Sm

5/33

pe

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

Los argumentos expresados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, no se ajustan ni a los hechos ni a los parámetros jurídicos ni técnicos desde el punto de vista regulatorio, que deben acompañar una decisión de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tal y como se explica a continuación:

a. Respecto del argumento de la CREG según el cual, no habría acumulación de economías de escala.

Para efectos de analizar la existencia de economías de escala, la Comisión de Regulación de Energía y Gas afirma lo siguiente:

"Para la CREG, la revisión tarifaria solicitada no revela la existencia (sic) economías de escala. Por el contrario, la tarifa en forma estampilla (sic) según los propios datos reportados por la empresa, implicaría un incremento de USD\$ 0.042 /kpc (para la pareja 50 50) en el tubo Sebastopol - Medellín, con lo cual se pone de presente que el efecto el estampillamiento sería una mayor tarifa para los usuarios actuales y potenciales de ese tubo.

Es cierto que para los usuarios del Oriente Antioqueño el estampillamiento significaría un menor cargo de transporte al que resultaría sin el estampillamiento; sin embargo tal cargo no sería producto de economías de escala sino de trasladar el costo del nuevo ramal a los usuarios del valle de aburra (sic)".

Tal y como se demostrará en el presente acápite, las economías de escala son evidentes, no solamente en la forma como se distribuye la inversión del ramal del Oriente Antioqueño dentro de todos los usuarios, sino adicionalmente, por las ventajas que el estampillamiento tendría frente a aquellos segmentos de la demanda considerados como elásticos, tal y como se explica a continuación:

En primer lugar, tal y como se desprende del expediente tarifario, los incrementos que la construcción del ramal le implicarían a los usuarios actualmente conectados al tubo que opera TRANSMETANO, serían de 0.6% de la tarifa actualmente vigente para el usuario final, es decir, sería un incremento marginal respecto de los beneficios que el mismo gasoducto podría tener a la generalidad de los usuarios conectados al sistema de transporte.

El incremento tarifario que se haría a los usuarios actuales ubicados en el área metropolitana del Valle de Aburrá, reflejaría al mismo tiempo los beneficios que le traería a esa demanda, el mayor volumen que se lograría con la expansión del gasoducto a través del Ramal Oriente.

En efecto, tal y como se refleja en la tabla siguiente, el estampillamiento del gasoducto, incluyendo el Ramal del Oriente, permitiría lograr unas tarifas competitivas frente a los sectores industriales ubicados en el Oriente Antioqueño, que generarían un volumen importante permitiendo la autosuficiencia del Ramal del Oriente, sino que adicionalmente, agregarían un volumen importante al gasoducto que actualmente conecta a la ciudad de Medellín.

En efecto, los volúmenes proyectados con los cuales se solicita la determinación de la tarifa, procuran las siguientes demandas por segmentos:

6/33

7

en

pes

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Residencial KPCD	385	787	863	874	884	895	906	917	928	939	951
Industrial KPCD	897	1.393	2.090	2.788	2.788	2.788	2.788	2.788	2.788	2.788	2.788
GNV KPCD	282	424	585	708	847	873	899	926	954	982	1.012
TOTAL KPCD	1.364	2.604	3.518	4.368	4.518	4.554	4.591	4.629	4.688	4.708	4.748

De las cifras anteriores, resulta importante resaltar que el volumen residencial equivaldría a beneficiar a cerca de 35,000 usuarios, los cuales tendrían acceso al servicio, con una tarifa competitiva de transporte, que al mismo tiempo sería posible fundamentalmente por el mayor volumen industrial y aquel derivado de las actividades de gas natural vehicular.

Ese mayor volumen residencial, industrial, y de gas natural vehicular, utilizaría la infraestructura que en la actualidad posee TRANSMETANO, y solamente sería posible precisamente con la expansión del gasoducto del Oriente Antioqueño.

Al mismo tiempo, es claro que la estampilla del gasoducto, permitiría al tiempo un beneficio en la tarifa al usuario final en el mercado del Oriente Antioqueño, que de no hacerse, le implicaría pagar una tarifa un 200% más alta, sin que exista realmente una justificación respecto de ese incremento. Esta cifra se revela en la siguiente tabla:

Tramo	Troncal	Ramal	Total
Con tarifa Estampilla			
Sebastopol - Medellín			1.126
Sebastopol - Rionegro			1.126
Con tarifa individual			
Sebastopol - Medellín	1.084	0	1.084
Sebastopol - Rionegro	1.084	2.181	3.265

Así entonces, un usuario ubicado en el tramo Sebastopol - Rionegro, con la tarifa estampillada pagaría US\$ 1.126/KPC, en tanto que con una tarifa independiente para el gasoducto, pagaría US\$ 3.265/KPC.

Así, de acuerdo con las dos tablas anteriores, es evidente que los beneficios para los usuarios ubicados en el Oriente Antioqueño, derivados del estampillamiento del gasoducto, permitiría no sólo que éstos lograrán una menor tarifa, sino que adicionalmente, se agregará un volumen a la infraestructura actualmente existente de la cual se sirven los usuarios del Área Metropolitana de Medellín.

Asimismo, determinar una tarifa independiente para el gasoducto, implicaría que no se pudiera acceder a aquel segmento de la demanda elástico, y por tanto sensible a un incremento en el precio del servicio del transporte del 200% respecto de aquel que tendría, si tuviera un cargo estampilla.

En este punto, se evidencia por segunda vez la conveniencia del estampillamiento del gasoducto, buscando las economías de escala; en efecto, el estampillamiento permite que el gasoducto pueda atender la demanda industrial ubicada en el Oriente Antioqueño, la cual, de no conectarse al gasoducto, no permitiría disminuir la tarifa ya que como se vio, los volúmenes que este segmento aportaría, serían de cerca del 60%.

7

en

9/7/33

PC

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

El gasoducto no podría competir contra los combustibles utilizados por esos industriales, tal y como se señala en la tabla siguiente:

	Consumo energéticos en KPCD Eq	Potencial Estampillado en KPCD	Sin Estampillamiento en KPCD
ACPM	130	130	130
FUEL OIL	727	727	727
CRUDO	216	216	216
CARBÓN	2,369	1,421	0
GLP	228	228	228
	3,670	2,722	1,301

Evidentemente, un menor volumen dentro del gasoducto, implicaría que la tarifa evidentemente más alta para los usuarios regulados.

En este sentido, y como lo conoce la Comisión de Regulación de Energía y Gas, los volúmenes industriales asociados a las redes de transporte y de distribución, generan un beneficio de largo plazo en la tarifa al usuario final, ya que contribuyen no solamente a la expansión del servicio, sino adicionalmente, a una disminución de la tarifa derivada de las economías de escala.

Al mismo tiempo, es importante que la Comisión de Regulación de Energía y Gas tenga en consideración que un incremento del 0.6% a los usuarios actuales ubicados en Medellín, es despreciable frente a los beneficios que se lograrían mediante la expansión del gasoducto en el Oriente Antioqueño ya que la experiencia ha demostrado que con incrementos de hasta un 12% de la tarifa final como los que se presentaron a raíz del incremento en el gas de de la Guajira el año pasado no se produjo disminuciones apreciables de la demanda. A este respecto entonces valdría la pena preguntarse si:

¿Es comparable un incremento del 0.6% en la tarifa de los usuarios ubicados en Medellín, en comparación con un incremento del 200% para los usuarios del oriente antioqueño que se ubican a menos de dos horas uno del otro?

La respuesta al interrogante anterior, en consideración a los parámetros que establece la ley respecto de la expansión del servicio público, resulta ser claramente a favor el estampillamiento del gasoducto.

La prueba de que en efecto existe una acumulación de economías de escala, se presenta dentro del mismo expediente tarifario, cuando se compara la tarifa que obtendrían los usuarios sin la estampilla, en comparación a los usuarios con la estampilla.

b. Respecto de la aplicación del principio de solidaridad

De acuerdo con el texto de la resolución incoada, la posición de la Comisión respecto de la aplicación del principio de solidaridad y redistribución de ingresos, es que éste solamente es obligatorio para el legislador cuando determine el régimen tarifario en materia de servicios públicos, fundamentando su posición en el texto del artículo 387 de la Constitución Nacional.

El argumento presentado por el regulador, además de incorrecto desde el punto de vista jurídico, no interpreta de manera adecuada aquello que presentó TRANSMETANO como argumento para viabilizar la solicitud tarifaria.

5/3/33

7

En

PC

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

En efecto, según se dispone en el artículo 73 de la ley 142 de 1994, es función de la Comisión de Regulación de Energía y Gas la siguiente:

"73.20. Determinar de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de las tarifas."

De acuerdo con lo anterior, es claro que la competencia para definir el régimen tarifario la delegó el legislador en las Comisiones de regulación, que en este caso es la CREG, contrario a lo que se afirma de manera sorprendente dentro del texto de la resolución incoada.

Adicionalmente lo anterior, el legislador determina los criterios que debe tener en cuenta el regulador para establecer el régimen tarifario, incluyendo dentro de este la solidaridad y redistribución, tal y como se señala a continuación:

"Artículo 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad, y transparencia.

"..."

87.3. Por solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a fondos de solidaridad y redistribución" para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estrato (sic) vamos (sic) a pagar las tarifas de los servicios que cubren sus necesidades básicas"

Incluso, la honorable Corte Constitucional, (Constitucionalidad del Artículo 87.7 y otros, 2003) al pronunciarse al respecto de la constitucionalidad del artículo 87.7, que señala la prioridad de los criterios tarifarios establecidos en el artículo 87 de la ley 142 de 1994, señaló que el regulador debía aplicar, además con prioridad, el principio de solidaridad.

El principio de solidaridad, tal y como fue puesto de presente por TRANSMETANO en el expediente tarifario, ha sido desarrollado además por la misma Comisión de Regulación de Energía y Gas en otros sectores a los cuales regula.

En efecto, la solidaridad a la cual se hacía referencia en la solicitud tarifaria, no tenía que ver con la definición de contribuciones y subsidios, que resulta ser una competencia exclusiva del legislador, sino que por el contrario, a la definición de una tarifa que considerara los beneficios que un mercado altamente concentrado tiene respecto de otro no tan concentrado, y generalmente asociado a sectores socio-económicos deprimidos.

Así, fue este uno de los principios que consideró la Comisión de Regulación de Energía y Gas para la definición de las áreas de distribución eléctricas, cuando acumuló dentro de un mismo mercado las zonas rurales y urbanas, de forma tal que existiera una sola tarifa para todos los usuarios, que permitiera de esa manera, unas tarifas razonables para aquellos usuarios que en estricto sentido generaban un mayor costo.

Si se aceptara el argumento presentado por la CREG según el cual "quiere decir lo anterior que las decisiones de la CREG en materia de estampillamiento (sic) pueden provenir de la definición autónoma de criterios de solidaridad," implicaría entonces que habría lugar a la modificación de muchas de las decisiones que la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha tomado en ese mismo sentido.

Es importante anotar que la CREG no presentó un solo argumento de tipo técnico o regulatorio, que contradijera el estampillamiento, es decir, no incluyó una razón técnica

Ln

9/33
pec

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

asociada a que una señal de distancia era una señal razonable y justificada desde el punto de vista económico, posición ésta que implicaría asumir en la práctica, que los usuarios del Oriente Antioqueño estuvieran condenados a pagar un mayor valor por el mismo servicio de transporte.

Finalmente, en materia de solidaridad, dentro de la solicitud tarifaria se incluyó la necesidad que existe, respecto de no generar distorsiones al interior de una región de Antioquia, que ya está integrada desde el punto de vista eléctrico. En ese sentido, el regulador fue testigo de primera mano respecto de los problemas que se asociaron, con la existencia de dos tarifas de distribución eléctrica, cuando en su momento existían dos operadores atendiendo el mismo mercado.

Hoy en día, esos mercados de distribución están integrados en una sola tarifa, precisamente por solicitud de los interesados en el tema, quienes presentaron como argumento principal para efectuar la integración de los mercados el principio de la solidaridad. Surge entonces la duda de porqué el principio de solidaridad si fue aplicable para el estampillamiento de la tarifa de distribución de energía eléctrica en la misma zona y no es aplicable para el transporte de gas natural?

En el evento en que la Comisión de regulación no aceptase ninguno de los argumentos antes desarrollados, es preciso que determine las razones de hecho, calculadas debidamente, que evidencien la forma incorrecta en que se presentó la solicitud, asunto que no se vislumbra dentro del texto de la resolución incoada.

c. Respetto de la libertad de competencia

Tal y como se desprenden del texto de la resolución incoada, el regulador parte de un supuesto económico equivocado, no solamente desde el punto de vista de la teoría económica, sino adicionalmente respecto de la solicitud tarifaria.

En efecto, desde el momento mismo en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas expidió la metodología tarifaria de transporte, determinó de manera clara que ésta debía someterse al régimen de libertad regulada, esto es, consideró que el transporte era una actividad monopólica por naturaleza, que en su calidad de tal, debía ser intervenida e incluida dentro del régimen tarifario respectivo, de forma tal que la Comisión de Regulación de Energía y Gas pudiera determinar las cantidades eficientes de producción asociadas a su capacidad instalada, y los precios a los cuales debía vender la capacidad de transporte.

La presunción asociada a la existencia de un monopolio, como resulta apenas obvio, implica que no existe competencia para ese mismo gasoducto, y que por tanto, se acepta la existencia del mismo, como mecanismo para precisamente lograr los beneficios derivados de la prestación de un servicio público, intensivos en capital, de forma tal que los usuarios se puedan beneficiar de las economías de escala que éste implica.

Por lo anterior, es evidente que el fundamento asociado a la libre competencia no se da porque se pueda presentar un gasoducto paralelo que "compita" con el gasoducto que se pretende construir, sino que por el contrario, es el gasoducto mismo y la existencia de éste, el que garantiza la competencia en el mercado.

En este sentido, tal y como de manera expresa se señala en la solicitud tarifaria, y como consta en el expediente respectivo, TRANSMETANO citó varios antecedentes que podrían ilustrar de mejor manera el caso que nos ocupa; así, simplemente para recordar uno de los casos puestos de presente al regulador, se citó la resolución asociada a los subsistemas de transporte, en los cuales la Comisión encontró que el transportador

[Handwritten signature] *[Handwritten signature]* *10/33*

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

permitía la competencia entre las actividades de distribución, y respecto de aquellos segmentos de demanda disputables, permitiendo la ubicación de las demandas de manera eficiente en cada una de las redes, manteniendo la condición monopólica.

Así entonces, lo que se procura el caso que nos ocupa, es que la construcción del gasoducto de transporte, y el estampillamiento del mismo, garantizaría la competencia en el mercado, permitiéndoles al usuario de gas natural, alternativas frente a la red de distribución, esto es, que de no existir la red de transporte, el usuario considerado como No regulado, estaría indefectiblemente condenado a pagar el cargo por distribución, o en el peor de los casos, no podría disfrutar efectivamente el mismo.

A este respecto la CREG señaló en la resolución incoada lo siguiente:

“Llevar el servicio a los usuarios del oriente antioqueño no equivale a promover la libre competencia. Es cierto que la construcción de la infraestructura de transporte puede posibilitar la existencia de competencia donde antes no había servicio; no obstante el hecho de que la tarifa para remunerar dicho (sic) infraestructura se estampilla no es la causa eficiente de esa posibilidad de competencia porque el servicio también se puede llevar con una tarifa individual no estampillada”

De acuerdo con el párrafo anterior, la Comisión de Regulación de Energía y Gas confunde la prestación del servicio mismo, con la estructura tarifaria, como mecanismo para garantizar la competencia en un mercado determinado.

En efecto, la prestación del servicio en sí misma no puede garantizar la competencia, mucho menos cuando se presenta bajo la forma de una actividad monopólica.

Sin embargo, derivado de la prestación de un servicio público bajo la forma de una actividad monopólica, y a partir de esta, sí puede generarse una competencia en el mercado que le permita al usuario tener alternativas respecto de la red a la cual efectivamente se conectaría.

En cualquier caso, resulta increíble que la Comisión de Regulación de Energía y Gas se esté oponiendo a un esquema de prestación del servicio que en estricto sentido, reduce el valor de la tarifa, trasladándole a los usuarios del Oriente Antioqueño las economías de escala y permitiendo el incremento en los volúmenes que se transportarían de manera efectiva, siendo que el ingreso para el transportador se mantiene exactamente equivalente en uno u otro sentido.

En efecto, contrario a lo que la Comisión de Regulación de Energía y Gas asume con la afirmación transcrita, la definición de un cargo estampilla, no beneficia per se al transportador, que en cualquier caso tendría garantizada la remuneración de su inversión, toda vez que la metodología tarifaria procura porque ésta se proyecte de acuerdo con la demanda y el nivel de inversiones que serían para la atención de la misma.

De acuerdo con lo anterior, el estampillamiento lo que permite es que el servicio pueda ser llevado a un menor costo unitario, y por tanto, que exista una mayor posibilidad de que los usuarios hagan uso del mismo, materializándose de esta manera un beneficio fundamentalmente a la demanda.

4. Aspectos finales

Finalmente, resulta importante resaltar a la CREG que la propuesta tarifaria, de la forma como fue planteada por TRANSMETANO, permite la expansión de los sistemas de

lm

spe

11/33

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

transporte de forma eficiente, buscando que los beneficios derivados de las economías de escala de la infraestructura existente, puedan ser compartidos con nuevas expansiones del servicio, logrando de esta manera la viabilidad de tales proyectos.

TRANSMETANO efectuó la solicitud de esa modo porque el estampillamiento regional en transporte ha sido la manera como la industria de Gas Natural se ha desarrollado durante 30 años permitiendo que más de 450 poblaciones del país tengan acceso al Gas Natural. No resulta entonces lógico que ahora se vaya a cambiar este modelo de desarrollo que ha demostrado ser exitoso sin un análisis profundo de las implicaciones que ese cambio sustancial conllevaría.

Si se consideran experiencias pasadas, en las cuales la CREG ha sido partícipe, de las expansiones como las que plantea TRANSMETANO, permiten llevar el servicio de gas natural a zonas que, de manera independiente, no tendrían posibilidad de acceder al mismo, derivado fundamentalmente de los elevados costos que esto implicaría.

Si bien es claro que TRANSMETANO puede prestar el servicio de transporte por el ramal al oriente cobrando la misma tarifa que tiene para su gasoducto actual, como en efecto lo va a ser en tanto la Comisión no apruebe una tarifa estampillada, es importante que la Comisión se pronuncie de fondo, y con argumentos técnicos, respecto de la solicitud tarifaria, ya que de ésta dependerá los nuevos proyectos que se implementen por lo menos a la luz de la resolución 001 de 2000.

En consideración a todos los argumentos antes expuestos, y aquellos respecto de los cuales la CREG no se pronunció y que constan dentro del expediente tarifario, solicito se reponga la resolución y se acceda a las pretensiones presentadas por TRANSMETANO"

Recurso de ALCANOS (Rad. CREG E-2009-005969)

"3 - Argumentos de inconformidad

3.1 - Frente al primer argumento referente a la revisión de la Resolución CREG 015 de 2001, y que se funda en que la metodología prevista en la Resolución CREG 01 de 2000, vigente para la determinación de la remuneración del servicio de transporte de gas natural no prevé actualizaciones de los cargos aprobados que se encuentren vigentes; que con forme a lo establecido en el artículo 126 de la ley 142 de 1994, la solicitud de revisión es inoportuna ya que las formulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años vencido este periodo continuaran rigiendo mientras la Comisión no fije las nuevas, y que dado que no se ha establecido una nueva, la metodología actual se encuentra vigente y por ende no se ha iniciado el segundo periodo tarifario en el cual se pueda incluir las nuevas inversiones, que por tal razón no se permite la revisión de la tarifa.

Al respecto es importante precisar que es la misma Constitución Política en su artículo 367, la que señala que en materia de servicios públicos será la ley la que fijará las competencia y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Es así como la legislación Colombiana actual contempla en Ley 142 de 1994 la posibilidad de solicitar la revisión de cargos, para lo cual y según disposición de la misma norma, es competente la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG quien es la única que puede fijar y modificarlos, bien sea de oficio, a petición de parte o de común acuerdo, siendo inconstitucional cualquier consagración que lo impida.

y

en

12/33

pe

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

Dicha consagración quedó formulada en el artículo 126 de norma ibídem, razón por la cual independiente de su inclusión en la regulación, dado que existe ley que lo permite es posible llevar a cabo la misma.

En cuanto a la oportunidad, el mentado artículo establece como término de vigencia de las formulas tarifarias cinco (5) años, indicando también que excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado, plazo que debe entenderse como el de vigencia de las fórmulas tarifarias, lo cual resulta de la lectura sistemática del artículo 126, que en su parte final indica que "Vencido el periodo de vigencia de las fórmulas tarifadas, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas" lectura que parte a su vez de los principios de que trata el artículo 2 de la norma sub —jude, en especial lo dispuesto en los numerales, 2.2, de la ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios, 2.5. Prestación eficiente, y 2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición' dominante, 2.7. Obtención de economías de escala comprobables.

Por tal razón consideramos que no se puede hacer una lectura fragmentada del artículo, bajo el entendido de que dicha solicitud solo puede ser presentada en el término de cinco años, máxime cuando la actualización de la metodología es un hecho ajeno a los agentes.

Lo anterior nos lleva a concluir, que el plazo dentro del cual se pueden revisar las tarifas, puede ser superior a los cinco años, siempre y cuando se encuentre vigente la metodología tarifaria (como en realidad ha ocurrido), y en consecuencia sí sería procedente la admisión de la solicitud de revisión presentada por TRANSMETANO; por ende dado que la actual metodología de transporte se encuentra vigente, independientemente de que no se haya iniciado el segundo periodo tarifario, se puede permitir la revisión de la tarifa.

Ahora bien, bajo el entendido de que es procedente la admisión de una solicitud de revisión tarifaria durante el término de vigencia de la metodología, es claro que se debe analizar si se han dado las condiciones necesarias para hacer procedente la modificación, las cuales parten de los dispuesto en el mismo artículo 126, cuando hace referencia a los eventos de común acuerdo, o cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas

3.2 - En cuanto a la falta de soporte legal, específicamente en la ley 142 de 1994, de las razones invocadas por la peticionaria para sustentar la revisión tarifaria, que justifiquen la modificación de los mencionados cargos, argumentando que para hacerla procedente se requieren que estas estén fundadas, jurídica y fácticamente, se tiene que:

3.2.1 En cuanto a las razones para desestimar el argumento de la existencia de Economías de escala, bajo el entendido de que la tarifa en forma de estampilla implica un incremento de USD\$ 0.042/kpc (para pareja 50 50), en el tubo Sebastopol Medellín, lo que lleva a una mayor tarifa para los usuarios actuales del tubo y que por el menor cargo para los usuarios de Oriente Antioqueño, no sería producto de economías de escala sino de trasladar el costo del nuevo ramal a los usuarios del Valle de Aburra, se tiene que:

En este punto en particular, es importante entender que la demanda del oriente, proyectada de la forma como TRANSMETANO la involucró dentro de la solicitud tarifaria,

En

13/33
PC

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

implicaría que ésta hiciera uso del gasoducto que en la actualidad tiene en operación TRANSMETANO y que une a Sebastopol con Medellín.

En ese sentido, los usuarios establecidos en el momento en el área metropolitana de Medellín, en el tramo actualmente en operación, se verían beneficiados de un mayor volumen.

Por el contrario, la no inclusión de ese volumen dentro del tramo actualmente en operación, implicaría que los usuarios del Oriente Antioqueño, tuvieran que pagar una tarifa muy superior a la que obtendría, si se compensara el beneficio que lograrían los usuarios de Medellín, por la mayor demanda que implicaría la expansión del gasoducto.

Desde el punto de vista teórico, las economías de escala se evidencian cuando el costo de producir una unidad adicional se reduce, como es el caso que nos ocupa; en efecto, los usuarios del área metropolitana de Medellín se verían beneficiados de un mayor volumen que en el mediano plazo contribuirá sin duda a una menor tarifa de transporte, y en el corto plazo permitirá la expansión del gasoducto: precisamente para la atención de esa misma demanda.

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que se produce un incremento del 0.6% en la tarifa que actualmente paga los usuarios de Medellín, ésta se compensara con creces en el mediano plazo, con unos mayores volúmenes derivados del consumo industrial y del gas natural vehicular que pueda ser ubicado en la zona.

De conformidad con lo anterior, rogamos a ustedes reconsiderar los argumentos expuestos, a la luz de la exposición anterior.

3.2.2 Frente al Principio de solidaridad, indica la CREG que las decisiones en materia de estampillamiento no pueden provenir de la definición autónoma de criterios de solidaridad.

En cuanto a este principio, a través del cual se busca que todos los usuarios en general colaboren a la financiación de las inversiones necesarias para que las personas de menores ingresos tengan acceso a los servicios públicos, ha indicado la H. Corte Constitucional en Sentencia C -150 de 2003 que:

«...el principio de solidaridad en materia de servicios públicos genere una doble obligación a cargo del Estado: de un lado, le corresponde velar por que haya mecanismos encaminados a que las personas de más bajos ingresos puedan acceder y disfrutar de los servicios públicos y, del otro, es responsable de establecer sistemas que faciliten que tales personas realmente puedan sufragar la tarifa que se les cobra por la prestación de tales servicios, es decir que la tarifa no sea excesiva dada su capacidad económica.» (Resaltado fuera de texto).

“En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socio—económico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un "orden político, económico y social justo» (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc, 1º, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social,

En

14/33

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

como el derecho de propiedad privada pero entendido como "función social" (artículo 58 C.P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la "función social" de la empresa (artículo 333 C.P.) en aras de la "distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo" (artículo 334 C.P.).

"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.)." (Subrayas fuera de texto),

"...Este tipo de intervención en los servicios públicos se distingue por varios elementos característicos sobre los cuales resulta pertinente recabar.

"... Quinto, a pesar de estas características, la regulación de los servicios públicos tiene fines sociales semejantes a los de la intervención estatal en la dirección de la economía, como por ejemplo, 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 (art. 365, inc. primero de la C.P.), Para el logro de tales fines los órganos de regulación han de disponer de instrumentos adecuados a la especificidad de este tipo de intervención.

"4.2.3. De igual manera, la Constitución contempla directrices sobre la aplicación de dichos parámetros constitucionales al régimen de los servicios públicos domiciliarios. ... El Estado, de manera especial intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."

"... el artículo 366 de la Constitución señala que "{e}l bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado"; el artículo 367 de la Constitución prevé que "{l}a ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos" y que "{l}a ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas"

"El marco constitucional analizado evidencia que el alcance de la intervención del Estado, que es muy amplio, se extiende a todos los sectores de la economía y abarca fines que van desde la distribución equitativa de las oportunidades y la búsqueda de que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, hasta la promoción de la productividad y de la competitividad.

"El marco constitucional analizado evidencia que el alcance de la intervención del Estado, que es muy amplio, se extiende a todos los sectores de la economía y abarca fines que van desde la distribución equitativa de las oportunidades y la búsqueda de que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, hasta la promoción de la productividad y de la competitividad."

15/33

em

pe

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

La Corte también ha dicho que las "regulaciones sólo puedan 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 consagrado en la Carta".

4.3.1 La función de regulación debe orientarse a garantizar la efectividad de los principios del Estado social de derecho.

De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado social de derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos.

"...Es precisamente en el contexto de toma de decisiones macroeconómicas y sociales que los distintos sectores de la población, en virtud del principio de solidaridad, asumen cargas públicas razonables para permitir que sectores excluidos puedan progresivamente ser incorporados al goce de los beneficios del progreso, lo cual sólo se puede lograr mediante la conciencia creciente de la necesidad de cooperar y actuar mancomunadamente para mejorar la calidad de vida de todos los colombianos y superar gradualmente las desigualdades presentes. La apelación a la solidaridad reforzada en un Estado social de derecho no puede, sin embargo, llegar al extremo de eliminar la libertad individual y social a través de la materialización de un Estado que, so pretexto de ejercer sus funciones de dirección de la economía, se transforma en uno totalitario. El Estado social de derecho tiene el significado, "de crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social". En esta dirección, el principio de Estado Social de Derecho es un mandato dirigido al legislador que lo obliga a atender la justicia y la equidad en la toma de decisiones de conformidad con el marco constitucional pero que respeta un margen amplio a las opciones de política pública de las autoridades popularmente elegidas. El Estado social de derecho no impone un modelo económico o social pero tampoco es indiferente a la realización de valores como el orden social justo y la dignidad humana. Tal interpretación deja a salvo la potestad de configuración legislativa radicada en cabeza del Congreso y de diseño de programas de gobierno atribuida al Ejecutivo, y busca conciliarla con los contenidos materiales que la propia Constitución consagra y que vinculan a todas las autoridades públicas.

"En este contexto, la Carta indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 inc. primero de la C. P.), lo cual comprende el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 inc. primero de la C.P.). No podía ser de otra forma dado que, por una parte, la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos p.ej de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc. y que, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso.

"Pieza central del marco constitucional de la regulación de los servicios públicos es el artículo 334 de la Constitución, inciso primero, que atribuye al Estado la dirección general de la economía, para lo cual habrá de "intervenir, por mandato de la ley, {...} 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 de un ambiente sano". Se trata aquí de una norma objetiva que impone un mandato constitucional a las autoridades públicas, incluido el Legislador de intervenir para alcanzar los fines sociales

LM

16/33
PC

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

del Estado allí enunciados. Como norma objetiva dirigida al Estado, la intervención en la economía no constituye una mera posibilidad de actuación, sino un mandato constitucional cuyo cumplimiento puede ser judicialmente controlado. Este mandato constitucional se refuerza aun 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 (art. 365 de la C.P.), el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable (art. 366 de la C. P.), el deber de garantizar la universalidad en la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (arts. 365 y 367 de la C.P.) y los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso que deben caracterizar el régimen tarifario de los servicios públicos (art. 367 de la C.P.).

"...Si bien los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, lo cierto es que el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios, de forma que se asegure el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C. P.). Esto porque es objetivo fundamental de la actividad estatal la solución de las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.).

"...se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, .. para alcanzar los siguientes objetivos: ... obtención de economías de escala comprobables; mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios...;

De la lectura de lo dispuesto por la Corte, se evidencia que tanto la Constitución como la Ley 142 de 1994, contienen un mandato de intervención estatal en los servicios públicos, señalando los fines de dicha intervención en los art. 20 de la C.P. y 2 de la ley 142 de 1994, dentro de los cuales se busca dar aplicación al principio de solidaridad, estableciendo en el art. 3 de la ley ibídem, los instrumentos para hacerlo efectivo, por ende este debe ser vigilado y cumplido por el Regulador al momento de fijar o modificar los cargos.

En el caso de marras, se refleja la necesidad de que los usuarios del Oriente Antioqueño se puedan beneficiar con un régimen solidario que les permita a través de unas tarifas no solo eficientes sino accesibles, disfrutar del servicio público de gas natural, lo cual se facilitaría si se estampillara el cargo de transporte el cual quedaría aproximadamente en \$/m3 (91,46), en comparación con los \$/m3 265,20 que sería el cargo individual de transporte por el tramo de gasoducto a construir por Transmetano, lo que significa un aumento en la tarifa del 289.9%, dado que el cargo de transporte con estampillamiento quedaría al siendo este un porcentaje de vital importancia para los usuarios al momento de tomar la decisión de conectarse a este importante servicio y por ende cumplir efectivamente con uno de los fines del estado cual es la efectiva masificación de los servicios públicos dentro de los cuales encontramos el gas natural.

3.2.3 Libertad de competencia

Indica la CREG en la Resolución que "llevar el servicio a los usuarios del Oriente no equivale a promover la libre competencia." que es cierto que la construcción de la infraestructura de transporte puede posibilitar la existencia de competencia donde antes no había dicho servicio, pero que el hecho de estampillar la tarifa para remunerar dicha infraestructura no es la causa eficiente de esa posibilidad de competencia, por que el servicio también se puede llevar con una tarifa individual no estampillada. Que por el contrario el estampillamiento si se podría ver como una restricción a la competencia porque esta estampilla, en los términos planteados permitiría un cargo más bajo para el Oriente Antioqueño a costo del aumento del cargo para el Valle de Aburra , situación de la cual solo se beneficiaría Transmetano "pues ningún otro transportador que pretenda la

LM

PC

17/33

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

construcción de la infraestructura de transporte hasta el oriente podría disfrutar de las mismas condiciones. Este transportador se vería precisado a remunerar su red con una tarifa individual, probablemente más onerosa."

DE LA COMPETENCIA EN DISTRIBUCIÓN:

Respecto al tema de competencia, como es del conocimiento de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, el área metropolitana de Medellín, muy a pesar de ser una de las principales ciudades del país, tiene muy poco desarrollo del gas natural -

En dicho Departamento ALCANOS DE COLOMBIA, por solicitud que le hicieran varias autoridades de nivel nacional y Municipal, hizo una evaluación del mercado, y como consecuencia de ésta, presentó una solicitud tarifaria para atender el Oriente Antioqueño, solicitud está que fue aceptada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas mediante la expedición de la resolución 052 de 2007.

Actualmente, Alcanos de Colombia está atendiendo el mercado a través de sistemas virtuales, generando un costo en el componente de transporte en más de un 500%, al comparar el cargo de transporte estampillado vs los cargos que actualmente aplica la empresa que represento a este mercado y que equivale a \$/m3 458,55 -tal y como se puede observar en la grafica No.1.

Como resulta claro y evidente, el objetivo de ALCANOS DE COLOMBIA, era que esa zona se desarrollara, incentivando al transportador para realizar la infraestructura necesaria que permitiera conectar a todos los usuarios potenciales que existían en la zona, los cuales serían atendidos inicialmente a través de gasoductos virtuales, y finalmente a través de un gasoducto.

No obstante y como está probado en el expediente del cual hace parte el acto que se impugna, Empresas Públicas de Medellín llevo a cabo la construcción de un gasoducto a partir de su propio sistema de distribución, con los cuales en la actualidad se atienden usuarios regulados y no regulados pertenecientes al mercado de distribución para el cual se fijaron cargos mediante Resolución CREG 052.

Ahora bien, en cuanto al termino competencia, esta propende para que bajo la práctica de conductas de mercado sujetas a la ley, las empresas puedan conservar o aumentar su participación en el mercado, en condiciones de eficiencia, conllevando a un beneficio tanto para él prestador al obtener mayores utilidades por la reducción de sus costos y para el usuarios, quien puede adquirir el mismo servicio a menor precio, reiteramos, menor precio que debe tener una base legal y alejado de las prácticas restrictivas de la competencia, las cuales están prohibidas por la misma ley a fin de evitar que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de tales prácticas, en contra de los principios de eficiencia.

Dado que existen varios mercados relevantes en la zona, atendidos por distribuidores diferentes a EPM y conforme a la regulación vigente, se hace necesario que la construcción del tubo de transporte se haga realidad, el cual es esencial para garantizar las condiciones de real competencia en materia de distribución, tarea esta que se ha designada primeramente al regulador así como la aun difícil de corregir las fallas del mercado, buscando la equidad, la solidaridad y propendiendo por unas condiciones adecuadas de competencia.

En el evento en que el tubo de transporte no se construya, ALCANOS DE COLOMBIA quedaría indefectiblemente condenada a conectarse a EPM, que es su competidor en comercialización de gas en la zona, competencia que estaría antecedita de condiciones

sm

pe

18/33

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

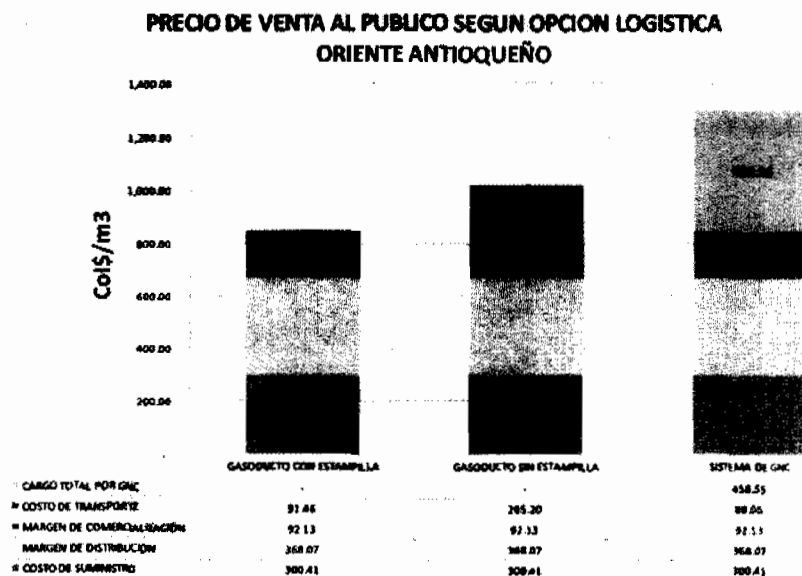
de desigualdad por los efectos tarifarios adicionales que debería asumir mi representada y que no dependen de las condiciones normales del mercado, sino derivadas del cobro de un factor adicional a los consagrados en la metodología de que trata la Resolución CREG 011 de 2003, y que debería ser solicitado ante la CREG y autorizado por esta unidad especializada, generando un incremento adicional en uno de los componentes de la formula tarifaria, o peor a un, que no puede ser facturado como un cargo por transporte y por ende no puede ser trasladado a los usuarios, debido a que EPM no tiene la naturaleza de Transportador.

Lo anterior implicaría un cambio en las condiciones con las cuales viene operando el sector de gas natural, y por supuesto un cambio en las condiciones bajo la cuales se desarrollo el proyecto por parte de Alcanos de Colombia, y que para efectos prácticos, solamente beneficiaría a una empresa, contrariando los principios que en materia de competencia deben regir los servicios públicos domiciliarios, a su vez que debilita la misma.

Es importante recordar, que esta discusión regulatoria ocupó la atención de la Comisión de Regulación de Energía y Gas en años anteriores, precisamente cuando se fueron a constituir las áreas de servicio exclusivo, a partir de las cuales la misma Comisión de Regulación de Energía y Gas obligó a las empresas Gases de Occidente y Gas Natural a escindir los activos de transporte, y a operarios a través de una empresa especializada.

CARGOS POR ESTAMPILLAS VS CARGO INDIVIDUAL

Tal y como se puede observar en la siguiente grafica, el estampillamiento solicitado por TRANSMETANO, implica una diferencia con un cargo individual de más del 289.9 por ciento; debido a los efectos directos del cargo de transporte en la tarifa del usuario final, es claro que esta diferencia tiene implicaciones directas en los objetivos de masificación trazados para el Oriente Antioqueño, así como en la competencia, haciendo más difícil para los potenciales usuarios acceder servicio y de mantener los actuales.



CARGO POR ESTAMPILLA VS CARGO VALLE DE ABURRÁ

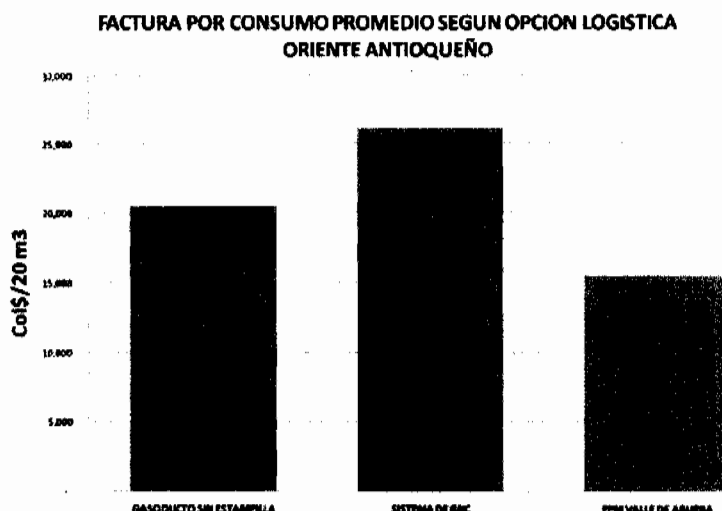
A su vez si comparamos la tarifa que actualmente está cobrando EPM a sus usuarios en el Valle de Abura, la cual equivale a \$/m3 15.539, sobre los primeros veinte metros 19/33

LM

PC

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

cúbicos, con la que pagarían los del Oriente Antioqueño en evento que no se estampillara el cargo de transporte, el cual quedaría aproximadamente en \$/m³ 20.516, la diferencia de la tarifa entre los dos mercados en más de \$ 4.977.000 por metro cúbico, no sería equiparable dada la poca distancia existente entre estos dos mercados tal y como se demuestra en la siguiente grafica:



DE LA COMPETENCIA EN TRANSPORTE

En cuanto a lo dispuesto por la CREG en Resolución 062 de 2009 al indicar que "por el contrario el estampillamiento si se podría ver como una restricción a la competencia porque esta estampilla, en los términos planteados permitiría un cargo más bajo para el Oriente Antioqueño a costo (sic) del aumento del cargo para el valle de Aburra (sic), situación de la cual solo se beneficiada (sic) Transmetano pues ningún otro transportador que pretenda la construcción de la infraestructura de transporte hasta el oriente podría disfrutar de las mismas condiciones. Este transportador se vería precisado a remunerar su red con una tarifa individual, probablemente más onerosa."; me permito preciar que la posibilidad de que las inversiones que impliquen la construcción de este tubo, como una nueva inversiones unida a la del Valle de Aburra, se puede tener como un derecho adquirido derivado de la consagración contenida en la Resolución CREG 001 de 2000, por tal razón cualquier otro operador que contemplara la posibilidad de realizar inversiones en este sentido, debía tener en cuenta esta opción legal brindada al transportador establecido, mas aun es claro que dado que en materia de trasportes no se conforman como en distribución, mercados relevantes para los cuales independientemente del prestador se fijan los cargos, difícilmente dos empresas de transporte llegarían a tener tarifas idénticas, en especial porque estas dependen de los costos, las inversiones y la demanda que pretenda a tender cada una.

En consecuencia, dado que existe interés por parte de TRANSMETANO de construir un activo de transporte, y que existen razones para estampillar el gasoducto, consideramos que la solicitud debe ser aceptada, de forma tal que se garantice la seguridad jurídica en la aplicación de la Constitución, la ley y demás normas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Por último no se puede desconocer que en un mercado competitivo el incremento del precio, conlleva un riesgo, a saber, que el prestador pierda participación en el mercado.

20/33

Spe

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

debido a que sus precios serán superiores a los de sus competidores y por ende se ponga en riesgo la existencia del mismo, razón por la cual consideramos que dado que la misma regulación ha dado la opción de incluir nuevas inversiones, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 3.2.3 de la Resolución CREG 001 de 2000, debe permitirse esta opción al Transportador fijando por ende un cargo por estampilla.

Petición

Con base en las consideraciones y a fin de garantizar la competencia en distribución, de manera respetuosa me permito solicitar se revoque la decisión fijando un cargo por estampilla conforme a lo solicitado por el transportador."

2. Análisis de los motivos de inconformidad expuestos en los recursos

A continuación se exponen las conclusiones de los análisis de cada uno de los argumentos que presentaron TRANSMETANO y ALCANOS en los recursos de reposición que interpusieron contra la Resolución CREG 062 de 2009.

Para mayor claridad, primero se analizan los argumentos de derecho y luego los económicos.

2.1. Análisis de los argumentos de derecho:

2.1.1. En cuanto a que la CREG no analizó todos los fundamentos de derecho que presentó TRANSMETANO en la solicitud de revisión tarifaria.

TRANSMETANO afirma que la CREG no tuvo en cuenta todos los fundamentos de derecho presentados en la solicitud de revisión tarifaria. Sin embargo, en el texto del recurso no indica cuáles fueron esos fundamentos de derecho que, supuestamente, se omitieron en los análisis.

En estas condiciones para la CREG resulta imposible pronunciarse sobre un argumento carente de contenido que incumple con la exigencia del numeral 1) del artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, de sustentar el recurso y expresar, de manera concreta, los motivos de inconformidad.

Por las anteriores razones, el argumento no puede prosperar.

2.1.2. En cuanto a la metodología contenida en la Resolución CREG 001 de 2000 y la viabilidad de la solicitud de revisión tarifaria presentada por TRANSMETANO

Ante todo juzgamos conveniente insistir en que la metodología tarifaria para la determinación de la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte contenidos en la Resolución CREG 001 de 2000, y otras que la modifican y complementan, no contemplan la actualización de los cargos aprobados que se encuentren vigentes y que, por el contrario, tal metodología en su artículo 3 numeral 3.2.3 dispone expresamente que cualquier inversión que se ejecute dentro del periodo tarifario vigente podrá ser incluida para el siguiente periodo tarifario, el cual no

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

se ha iniciado pues no se ha expedido una nueva metodología que sustituya la citada, ni respecto de TRANSMETANO se puede predicar la existencia de un nuevo periodo tarifario en los términos de la definición de "periodo tarifario" contenida en el artículo 2 de la citada resolución, pues los cargos fijados a la citada empresa mediante la Resolución CREG 015 de 2001 se encuentran vigentes.

Es decir, como primera instancia, para la decisión sobre la revisión solicitada, la CREG examinó si conforme a la metodología vigente, tal revisión estaba prevista, encontrando no solamente que no estaba prevista sino que estaba implícitamente excluida, por lo menos, durante el presente periodo tarifario.

Lo anterior reviste importancia frente a los recursos interpuestos porque permite dejar en claro que conforme a la metodología vigente no es posible la revisión tarifaria solicitada. Éste fue el primer argumento expuesto en el acto recurrido para negar la revisión solicitada. Los demás argumentos se refieren a la posibilidad de que por vía exceptiva se pueda desconocer la estabilidad de que gozan las fórmulas tarifarias de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994.

2.1.3. En cuanto a la remuneración de las inversiones que la empresa ejecuta durante el Periodo Tarifario y la aseveración de que el regulador está limitando la expansión al no acceder a la estampilla

En la metodología tarifaria contenida en la Resolución CREG 001 de 2000, en los literales a) y b) de su artículo 3, numeral 3.2.3, se permite remunerar la inversión que el Transportador ejecuta durante el Periodo Tarifario así: (i) aplicar los cargos regulados vigentes para el gasoducto o grupo de gasoductos del cual se derive, o por (ii) formular una solicitud de cargos de transporte independientes.

En los anteriores términos, la expansión en las redes de transporte existentes es posible y no es correcta la aseveración de que el regulador limita la expansión cuando no accede a las estampillas.

2.1.4. Sobre la oportunidad para la revisión de la tarifa por la vía del mutuo acuerdo en los términos del artículo 126 de la ley 142 de 1994

Dice TRANSMETANO sobre la materia que el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 obliga al regulador a actualizar la metodología tarifaria cada cinco (5) años, es decir, que la prevista en la Resolución CREG 001 de 2000 debió ser actualizada en el año 2005, pero como el regulador incumplió esta obligación, le traslada los efectos de su actuación a la empresa negándole la revisión solicitada y a los usuarios del Oriente Antioqueño imponiéndoles una tarifa superior.

El artículo 126 de la Ley 142 de 1994 es del siguiente tenor:

ARTICULO 126.- Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un periodo igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del

γ

LM

27/33
PC

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.

A diferencia de lo sostenido por el recurrente, la norma transcrita dispone que las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco (5) años y que vencido este periodo de vigencia, continuarán rigiendo mientras que la comisión no fije las nuevas. Es decir, contrario a lo afirmado por el recurrente acerca de la obligatoriedad de revisar las fórmulas tarifarias cada cinco (5) años, cosa que por ninguna parte se establece, lo que prevé la norma es que pasado este periodo de vigencia las fórmulas continúen rigiendo, esto es, dispone como legítima esta posibilidad y si tal posibilidad es legítima pues ningún incumplimiento se le puede imputar al regulador.

Ahora bien, de la indefinición por parte del regulador de una nueva metodología tarifaria tampoco se pueden derivar los perjuicios que TRANSMETANO anota, pues si hipotéticamente el regulador hubiese expedido una nueva metodología en el año 2005, nadie podría garantizar que el proyecto del oriente antioqueño se hubiese estampillado pues no es posible conocer de antemano el alcance de una metodología que no se ha expedido. En estos términos, se parte de un presupuesto equivocado al pretender fundar un derecho en una norma que no se ha expedido.

Por su parte ALCANOS manifiesta que el citado artículo 126 “...establece como término de vigencia de las fórmulas tarifarias cinco (5) años, indicando también que excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado que debe entenderse como el de **vigencia de las fórmulas tarifarias**, lo cual resulta de la lectura sistemática del artículo 126, que en su parte final indica que “Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, **continuarán rigiendo** mientras la comisión ni fije las nuevas.”, ...”

Tal interpretación no es de recibo por parte de la Comisión pues desconoce el tenor literal de la norma que, en nuestra opinión, es muy claro y el cual no se puede desatender en los términos del artículo 27 del Código Civil:

ARTICULO 126.- Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas. (hemos subrayado)

[Handwritten signatures and marks: a large 'x' on the left, 'SM' in the center, '23/33' with a signature over it, and 'CPE' on the right]

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

De acuerdo con la citada disposición, las fórmulas tarifarias tendrán **una vigencia de cinco años**, y la posibilidad de que puedan modificarse por acuerdo entra las comisiones y la Empresa de Servicios Públicos está circunscrita a ese periodo de tiempo, es decir, a un plazo cierto que estableció el legislador, el cual, por obra de una pretendida interpretación sistemática, no se puede trocar en una condición, al decir del recurrente, consistente en que la fórmula se encuentre vigente.

La voluntad del legislador plasmada en la citada norma, es que la modificación de las fórmulas tarifarias por mutuo acuerdo se produzca en un plazo definido por la ley. Pretender que no obstante lo expresamente establecido por el legislador, las fórmulas pueden modificarse bajo la única condición de que se encuentren vigentes no es otra cosa que pretender que ese plazo no existe y contrariar lo dispuesto en la ley, a lo cual, naturalmente la Comisión no puede acceder.

En el presente caso además de que la metodología tarifaria prevista en la Resolución CREG 001 de 2000 tiene un plazo de vigencia superior a cinco (5) años, dicho plazo también se encuentra agotado respecto de la tarifa prevista en la Resolución CREG 015 de 2001, cuya revisión se pretende.

2.1.5. En cuanto al principio de solidaridad consagrado en la ley

A partir de la competencia que el numeral 73.20 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 confiere a las Comisiones de Regulación para determinar cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas, TRANSMETANO concluye que la competencia para definir el régimen tarifario la delegó el legislador en las Comisiones de Regulación y que en ejercicio de esa competencia el regulador debe tener en cuenta los criterios que para definir el régimen tarifario establece el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, entre ellos, el de solidaridad y redistribución tal y como se señala en la citada norma.

No obstante, pierde de vista esta forma de razonar que la definición del régimen de regulación o de libertad es conforme a lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 142 de 1994, apenas uno de los componentes del régimen tarifario, cuya competencia, estamos de acuerdo, está atribuida a las Comisiones de Regulación dentro del marco legal fijado por el legislador:

ARTICULO 86.- El régimen tarifario. *El régimen tarifario en los servicios públicos a los que esta ley se refiere, está compuesto por reglas relativas a:*

86.1.- *El régimen de regulación o de libertad.*

86.2.- *El sistema de subsidios, que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas;*

86.3.- *Las reglas relativas a las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, y que implican abuso de posición dominante;*

J

6/24/03
em

qpc

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

86.4.- Las reglas relativas a procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas.

Como se puede apreciar, el "régimen tarifario" tiene un alcance mucho más amplio que el pretendido por el recurrente e involucra otras materias cuyo desarrollo no es competencia exclusiva de las Comisiones de Regulación.

No podría ser de otra forma pues la Constitución en su artículo 367 atribuye a la Ley la fijación del régimen tarifario y no está prevista en esta obra la posibilidad de que tal función pueda ser asignada en su totalidad a las Comisiones de Regulación, mucho menos a través de la delegación de funciones, figura típica del derecho administrativo y reservada por el artículo 211 de la Constitución a las autoridades administrativas.

Tan cierto es lo anterior que el legislador desarrolló el "régimen tarifario de las empresas de servicios públicos" en el Título VI de la Ley 142 de 1994, que así se denomina.

A partir de la premisa equivocada de que el legislador delegó en las Comisiones de Regulación la competencia para definir el régimen tarifario, el recurrente infiere que como el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 estableció entre los criterios para definir el régimen tarifario, el de solidaridad y redistribución de ingresos, la CREG debe aplicar dicho criterio. También afirma que tal postura tiene respaldo en la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional, como también lo asevera ALCANOS en su recurso, con la transcripción de algunos segmentos de la sentencia C - 150 de 2003.

Como ya ha quedado suficientemente demostrado, la definición del régimen tarifario no es competencia de las Comisiones de Regulación sino del legislador, quien bien puede, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 367 de la Constitución, fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Interesa entonces establecer si la aplicación del principio de solidaridad y redistribución de ingresos invocado por TRANSMETANO como sustento de su petición de revisión tarifaria y en su calidad de recurrente, así como por ALCANOS, también en calidad de recurrente, es competencia de las Comisiones de Regulación y específicamente de la CREG.

El alcance del criterio de solidaridad y redistribución de ingresos es definido por el numeral 87.3 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, citado por ALCANOS como fundamento de su recurso, en los siguientes términos:

ARTICULO 87.- Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

(...)

87.3.- Por solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a "fondos de solidaridad y redistribución", para que los usuarios de los estratos altos y los

7

du

25/33
pe

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

Como se desprende del texto legal invocado por TRANSMETANO en procura de su petición de revisión tarifaria, el criterio de solidaridad y distribución de ingresos se refiere a la adopción de medidas para asignar recursos para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales ayuden a los usuarios de los estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

Definido por la jurisprudencia¹ como está, que la contribución, entendida como el recargo en la tarifa del servicio que están obligados a pagar los usuarios pertenecientes a los estratos altos, es un impuesto, la posibilidad de que las Comisiones de Regulación de servicios públicos domiciliarios lo determinen se opone a la facultad impositiva de los órganos de representación popular² y a la competencia del Congreso para definir los criterios de solidaridad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios³.

No desconoce la Comisión que en la jurisprudencia citada por ALCANOS se reconozca la obligación del Estado de velar porque haya mecanismos encaminados a que las personas de más bajos ingresos tengan acceso a los servicios públicos y que la función de regulación estatal deba estar orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales como los de redistribución y solidaridad; sin embargo, debe repararse en que la regulación estatal no se agota en las funciones regulatorias a cargo de las Comisiones de Regulación, sino que es mucho más amplia y que abarca la órbita del legislador, la cual, conforme a lo ya establecido, comprende la determinación del régimen de solidaridad.

Ahora bien, que, en opinión del recurrente, la Comisión haya considerado el principio de solidaridad al momento de definir las áreas de distribución eléctricas y al momento de decidir la integración de los mercados de distribución y comercialización eléctrica en el Departamento de Antioquia, no es asunto que corresponda resolver en esta actuación; sin embargo, vale observar que ninguna de esas decisiones contenidas en las Resoluciones CREG 058, 068, 070 de 2008 y 078 de 2007, ni las normas que les sirven de fundamento, invocan como sustento el criterio de solidaridad, amén de que se trata de la regulación del servicio domiciliario de energía eléctrica, el cual obedece a un ordenamiento jurídico, la Ley 143 de 1994, no aplicable al servicio domiciliario de gas combustible.

2.2. Análisis de los argumentos económicos

2.2.1. En cuanto a que la estampilla genera economías de escala

En economía se entiende que en un proceso de producción hay economías de escala cuando una firma logra producir más con menores costos. En otras

¹ Corte Constitucional Sentencia C - 086/98

² Artículos 150 numeral 12 y 338 de la Constitución Nacional.

³ Artículo 366 de la Constitución Nacional

59/26/33

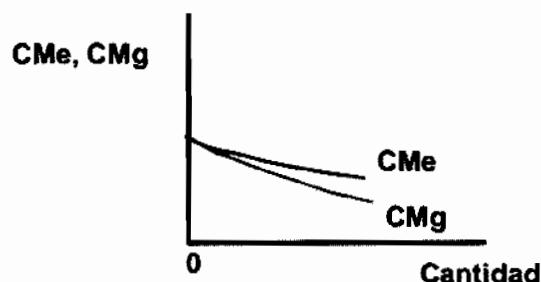
LM

pe

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

palabras, significa esto que cuanto más produce esa firma, el costo por unidad disminuye.

En los procesos de producción en los que hay rendimientos crecientes de escala la curva de los costos marginales (CMg) está por debajo de la de los costos medios (CMe), tal como se indica en la siguiente gráfica:



En los anteriores términos no se comprenden las razones que exponen TRANSMETANO y ALCANOS en el sentido de que el proceso de producción se torna más eficiente cuando se hace uso de una estampilla.

Teniendo en cuenta los datos reportados por TRANSMETANO, en caso de estampillarse el proyecto en cuestión, esto es, al repartirse el costo del proyecto entre los usuarios del Valle de Aburrá y los del Oriente Antioqueño, la tarifa aplicable a los usuarios del Oriente Antioqueño resultaría inferior a la que se obtendría con un cargo independiente; en contraste, para el caso de los usuarios del Valle de Aburrá, la tarifa aplicable sería superior a la vigente. Si esto sobreviene, simplemente significa que se traslada el costo del nuevo ramal a los usuarios del Valle de Aburrá.

En los anteriores términos, no es factible aceptar la presencia de economías de escala en la forma como se presenta en los recursos.

2.2.2. En cuanto al argumento de que en el mediano plazo el incremento de la tarifa para los usuarios del Valle de Aburrá se compensará con los mayores volúmenes derivados del consumo industrial y del gas natural vehicular que pueda ser ubicado en la zona.

De acuerdo con la información reportada en la solicitud tarifaria y en los recursos presentados ante la Comisión, los efectos derivados de un eventual aumento en la demanda de gas natural no compensarían los costos que se trasladarían a los usuarios del Valle de Aburrá.

Lo anterior se deduce por el incremento de 0.6% que TRANSMETANO prevé para el mercado del Valle de Aburrá, en el evento de un estampillamiento.

2.2.3. En cuanto a que la estampilla incentiva la competencia

Si bien es cierto que la actividad de transporte ha sido regulada bajo la consideración de que se trata de un monopolio natural como lo alega TRANSMETANO, esto no impide la existencia de una red paralela de transporte.

en

27/33
PES

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

Es cierto que la actividad de transporte ha sido regulada bajo la consideración de que se trata de un monopolio natural, sin embargo, la condición de natural, más no legal, no impide la existencia de una red paralela y, en este sentido, no se descarta la existencia de competencia entre redes aunque no sea lo deseable desde el punto de vista económico.

En este sentido, el argumento presentado en el acto recurrido acerca de que para este caso la existencia de una sola tarifa de transporte podría verse como una restricción a la competencia porque esta estampilla, en los términos planteados, permitiría un cargo más bajo para el Oriente Antioqueño a costa del aumento del cargo para el Valle de Aburrá, situación de la cual sólo se beneficiaría TRANSMETANO, pues ningún otro transportador que pretenda la construcción de la infraestructura de transporte hasta el Oriente Antioqueño podría disfrutar de las mismas condiciones, es un argumento que apunta a la preservación de condiciones de competencia por el mercado y no en el mercado⁴.

Por otra parte, desde la perspectiva del mercado de la distribución y/o comercialización, si todo el sistema de transporte estuviera estampillado posiblemente la actividad del transporte no sería un factor diferenciador de mercados y la competencia posiblemente sería mayor. En otras palabras, no habría señal de distancia y el costo del transporte sería neutral para todos los usuarios.

No obstante, nuestro sistema no es enmallado (tiene la forma de árbol) y por ahora las señales de distancia siguen vigentes y los usuarios pagan transporte (por tramos) de acuerdo con la lejanía o cercanía a los yacimientos.

2.2.4. En cuanto al “derecho adquirido” que señala ALCANOS

Sobre esta materia ALCANOS sugiere en su recurso que no hay espacio para argumentar la existencia de competencia por el mercado de transporte por la existencia de un presunto derecho adquirido del cual no es titular y que invoca, sin expresar la calidad en que actúa, en los siguientes términos: “...que las inversiones que impliquen la construcción de este tubo, como una nueva inversiones (sic) unida a la del Valle de Aburrá, se puede tener como un derecho adquirido derivado de la consagración contenida en la Resolución CREG 001 de 2000,...”.

Es cierto que en el numeral 3.2.3 de la resolución CREG 001 de 2000 se estableció que en el evento en que un Transportador ejecute durante el Período Tarifario vigente una inversión no prevista en el respectivo Programa de Nuevas Inversiones presentado a la CREG en su solicitud de cargos, estos activos podrán ser incluidos en la Inversión Base para el siguiente Período Tarifario. Sin embargo, allí no se describe una estampilla ni significa que la regulación haya creado una situación inmodificable, esto es, que esta parte de la metodología tenga la calidad de intangible frente a las metodologías que la sucedan.

⁴ Respecto a este argumento, ALCANOS menciona que para TRANSMETANO hay un “derecho adquirido” para imponer la estampilla ahora o en el siguiente periodo tarifario. Este tema lo desarrollamos en el siguiente numeral.

lu

28/33
CPE

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

Una conclusión en tal sentido solamente sería posible en la medida en que la ley hubiese puesto con carácter imperativo esa restricción para la aprobación de una nueva metodología. La Ley 142 de 1994, artículo 126, establece un límite en el tiempo para la vigencia de las fórmulas tarifarias, de cinco años, antes de los cuales solamente puede ser modificada en los eventos expresamente señalados en esta norma. Adicionalmente, en tratándose de fórmulas tarifarias, el artículo 127 de esta misma ley, prevé expresamente la posibilidad de modificarlas cada cinco años.

En otros términos, las fórmulas tarifarias tienen un periodo de estabilidad de cinco (5) años, pasado el cual, es posible, modificarlas.

De otra parte, tanto en la doctrina extranjera como en la nacional, a partir del estudio de la jurisprudencia de las altas cortes, se concluye que la modificación de los actos de carácter general siempre es posible, lógicamente hacia el futuro.

De Laubadère, Venecia y Gaudemet, ("Traité de Droit Administratif, Tome I, número 780. LGDJ. París 1984), exponen:

"A) Respecto de los reglamentos el retiro-abrogación es siempre posible. Todo reglamento administrativo puede ser siempre modificado o abrogado por la autoridad que lo ha proferido (jurisprudencia constante: ver por ejemplo: C.E. 17 de marzo de 1911, Blanchet, p. 322). Aún cuando en el reglamento se ha adoptado una cierta duración, el mismo puede ser modificado antes de la expiración de este plazo (C.E. 25 de junio de 1994 Syndicat Meunier D. 1955, 49, concl. J. Donnedieu de Vabres; cf Galabert et Gentot chron, Jur. A.J.D.A. 1961.74).

Se concluye de lo anterior, que el hecho de que el numeral 3.2.3 de la Resolución CREG 001 de 2000 haya establecido que en el evento en que un Transportador ejecute durante el Período Tarifario vigente una inversión no prevista en el respectivo Programa de Nuevas Inversiones presentado a la CREG en su solicitud de cargos, estos activos podrán ser incluidos en la Inversión Base para el siguiente Período Tarifario, no impide que la CREG pueda modificar dicha metodología para calcular los cargos que regirán para el siguiente periodo.

En segundo lugar, el referido numeral 3.2.3., previó la posibilidad de que los activos pudieran ser incluidos en la Inversión Base para el siguiente Período Tarifario, pero no lo dispuso como imperativo.

La posibilidad creada por esta norma no constituye un derecho adquirido, o una situación consolidada, sino una mera expectativa⁵, cuya protección no garantiza el derecho, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional.

⁵ El concepto de Derecho Adquirido se formuló por primera vez hacia 1815, por Merlin de Douai, para explicar el efecto retroactivo de la ley: La ley es retroactiva cuando desconoce derechos adquiridos, lo cual se debe evitar. Desde ese entonces la doctrina, y posteriormente la jurisprudencia, han tratado de precisar los conceptos de "derecho adquirido", y "mera expectativa", y múltiples obras se han escrito en torno a la materia. Uno de los ejemplos clásicos con que, de manera reiterada, se pretende ilustrar simplícidamente el tema, es el que enseña que mera expectativa es la que tiene el hijo frente a la herencia de su padre antes de que éste muera; mientras que derecho adquirido es el que tiene, también respecto de la herencia, una vez que el padre ha muerto.

lm

29/33
pec

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

En efecto, en Sentencia C-478 de 1998, la Corte reitera su posición sobre esta materia, así:

"10- Tal y como esta Corte lo mostró en anteriores decisiones⁶, la noción de derecho adquirido ha sido ampliamente discutida por la ciencia jurídica, a fin de distinguirla de las meras expectativas, pues mientras el primero no puede ser desconocido por las leyes ulteriores, por el contrario las segundas no gozan de esta protección (CP art. 58). Esta distinción se relaciona entonces con la aplicación de la ley en el tiempo y la prohibición de la retroactividad, pues en principio una norma posterior no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho. A su vez, esta prohibición de la retroactividad es consustancial a la idea misma del derecho en una sociedad democrática, pues la regulación social a través de normas jurídicas pretende dirigir la conducta de personas libres, por lo cual es necesario que los individuos conozcan previamente las normas para que puedan adecuar sus comportamientos a las mismas. Una aplicación retroactiva de la ley rompe no sólo con la confianza de las personas en el derecho, con lo cual se afecta la buena fe (CP art. 83) sino que, además, desconoce la libertad y la autonomía de los destinatarios de las normas, con lo cual se vulnera su dignidad (CP art. 1º) El actor tiene entonces razón en señalar que una norma derogatoria no puede ser retroactiva ni desconocer derechos adquiridos.

"11- Ahora bien, a pesar de la diversidad de enfoques conceptuales, la jurisprudencia constitucional colombiana ha ido decantando los elementos básicos que permiten delimitar cuando una persona realmente ha adquirido un derecho y éste, por ende, no puede ser afectado por leyes posteriores. Así, según la Corte Suprema de Justicia, derecho adquirido es aquel 'que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él', lo cual significa, siguiendo la terminología de Josserand, que estamos en frente de una 'situación jurídica concreta o subjetiva', y no de una mera expectativa, esto es, de una 'situación jurídica abstracta u objetiva'. Por ende, aclara este tribunal, 'se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la ha creado ha jugado ya, jurídicamente, su papel a favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación jurídica aún no ha jugado su papel jurídico a favor o en contra de una persona'⁷. Durante la vigencia del anterior ordenamiento constitucional, este criterio fue reiterado por la Corte Suprema en decisiones posteriores⁸ y ha sido, en términos generales, aceptado también por la Corte Constitucional durante el desarrollo de la Carta de 1991⁹.

Conforme a lo anterior, el derecho adquirido es aquel que se entiende incorporado al patrimonio de la persona, por cuanto se ha perfeccionado durante la vigencia de una ley. Esto significa que la ley anterior en cierta

⁶ Ver en particular la sentencia C-168 de 1995.

⁷ Ver sentencia de 12 de diciembre de 1974.

⁸ Ver, entre otras, la sentencia de 17 de marzo de 1977.

⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-529 de 1994, C-126 de 1995, C-168 de 1995 y C-350 de 1997.

J

Im

30/33
CP

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

medida ha proyectado sus efectos en relación con la situación concreta de quien alega el derecho. Y como las leyes se estructuran en general como una relación entre un supuesto fáctico al cual se atribuyen unos efectos jurídicos, para que el derecho se perfeccione resulta necesario que se hayan verificado todas las circunstancias idóneas para adquirir el derecho, según la ley que lo confiere. En ese orden de ideas, un criterio esencial para determinar si estamos o no en presencia de un derecho adquirido consiste en analizar si al entrar en vigencia la nueva regulación, ya se habían cumplido o no todos los supuestos fácticos previstos por la norma anterior para conferir el derecho, aun cuando su titular no hubiera todavía ejercido ese derecho al entrar en vigor la nueva regulación". (Hemos subrayado).

Adicionalmente, vale la pena destacar que tanto la Jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰, como de la Corte Constitucional¹¹, han precisado que los derechos adquiridos que garantiza la Constitución Política son los adquiridos con arreglo a las leyes civiles y no con arreglo a las leyes de derecho público, como lo son las leyes que ordenan la intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios (Leyes 142 y 143 de 1994), y la normatividad que expide la CREG en cumplimiento de las funciones previstas en tales leyes.

En este orden de ideas, en la disposición contenida en el numeral 3.2.3 de la Resolución CREG 001 de 2000 que previó la posibilidad de que los activos pudieran ser incluidos en la Inversión Base para el siguiente Período Tarifario, pero no lo dispuso como imperativo, no existe un derecho adquirido para las empresas ni se configura un cargo estampilla como el solicitado.

2.2.5. En cuanto a que la estampilla permite que el gas compita con los sustitutos en aquellos segmentos considerados como elásticos en el Oriente Antioqueño

Sobre este particular es menester señalar que la CREG evalúa las solicitudes tarifarias de acuerdo con lo previsto en la respectiva metodología y las decisiones de política energética son de otro nivel.

Lo anterior es relevante porque el argumento de la empresa eventualmente puede ser verdadero pero a esta Comisión no le compete evaluar la revisión tarifaria con la perspectiva de que la empresa logre desplazar los sustitutos del gas natural.

2.2.6. En cuanto a que la CREG se está oponiendo a un esquema de prestación del servicio que en estricto sentido, reduce el valor de la tarifa.

Los criterios con los que regula la CREG están claramente establecidos en la ley y los análisis que se han hecho se circunscriben a lo dispuesto en la metodología.

¹⁰ Sentencias del 26 de agosto de 1983, H. Consejero Ponente, Dr. Jacobo Pérez Escobar; y del 14 de agosto de 1987, H. Consejero: Dr. Guillermo Benavides, las cuales reiteran varias sentencias anteriores en el mismo sentido.

¹¹ Sentencia C-393/96.

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

En estos términos, la CREG ha examinado la viabilidad jurídica de la petición de revisión tarifaria con los nuevos argumentos expuestos en los recursos de reposición, encontrando que ni con la metodología vigente ni invocando el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 es posible acceder a la revisión de los cargos que se le aprobaron a la empresa.

Adicionalmente, la afirmación de que la CREG se opone a reducir la tarifa no es precisa en la medida que los datos reportados por TRANSMETANO muestran que en el Valle de Aburrá la tarifa se incrementaría en un 0.6%.

2.2.7. En cuanto a que el estampillamiento regional en transporte ha sido la manera como la industria de Gas Natural se ha desarrollado durante 30 años.

Ciertamente con la figura de la estampilla se han desarrollado varios de los proyectos que hoy existen en el Sistema Nacional de Transporte de gas natural y la CREG, de ninguna manera, desconoce esa realidad.

En el caso que nos ocupa aquí, el primer elemento que se advierte es la imposibilidad de acceder a la revisión tarifaria, tal cual se ha argumentado ampliamente.

Frente a los argumentos adicionales sobre que la CREG no ha hecho ningún análisis económico y de bienestar sobre los costos y beneficios de la estampilla, respondemos de nuevo que la solicitud no es viable desde el punto de vista legal (artículo 126 de la ley 142 de 1994) y metodológico (Resolución CREG 001 de 2000 y otras que la modifican y complementan).

2.2.8. En cuanto a que si el tubo de transporte no se construye, ALCANOS tendría que conectarse a un gasoducto de EPM, que es su competidor de gas en la zona.

La decisión de construcción del tubo pertenece a la iniciativa de la empresa y en las solicitudes tarifarias la CREG se limita estrictamente a desarrollar lo dispuesto en las metodologías tarifarias.

Por las razones anteriores la Comisión, en su sesión No. 416 del día 1º. de septiembre de 2009, acordó expedir la presente Resolución.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1. No reponer la Resolución CREG 062 de 2009, por las razones expuestas.

532/33

lm


CP

Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CREG 062 de 2009.

ARTÍCULO 2. La presente Resolución deberá notificarse a Transportadora de Metano E.S.P. S.A., TRANSMETANO, ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P. y a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN - EEPPM y publicarse en el Diario Oficial. Contra las disposiciones contenidas en esta Resolución no procede recurso alguno en la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a los **01 SET. 2009**


SILVANA GIAIMO CHÁVEZ
Viceministra de Minas y Energía
Delegada del Ministro de Minas y
Energía
Presidente


HERNAN MOLINA VALENCIA
Director Ejecutivo

