

Bogotá D.C. 28 de enero 2008

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN

Referencia: Recurso de reposición presentado por Ecopetrol contra el Auto por el cual se resuelve una solicitud de pruebas

Con fundamento en las facultades conferidas por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2461 de 1991, la Dirección Ejecutiva de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, procede a resolver el recurso de reposición presentado por el Dr. Camilo Marulanda quien actúa en su calidad de Vicepresidente de Comercialización y Mercadeo de ECOPETROL S.A. E.S.P. contra el Auto por el cual se resuelve una solicitud de pruebas, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Con fundamento en las funciones otorgadas por la Ley 142 de 1994 la Comisión de Regulación de Energía y Gas expidió la Resolución CREG 066 de 2007 *“Por la cual se establece la regulación de precios de suministro de GLP de Comercializadores Mayoristas a Distribuidores”*.

Mediante escrito con radicado CREG E-2007-007812 el Vicepresidente de Suministro y Mercadeo de la empresa Ecopetrol presentó recurso de reposición contra la Resolución CREG 066 de 2007 en donde solicitó la práctica de pruebas documentales y testimoniales.

Por Auto de fecha 12 de diciembre, la Dirección Ejecutiva resuelve la solicitud de pruebas contenida en el escrito relacionado con el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 066 de 2007.

Conforme al escrito de fecha 20 de diciembre de 2007 con radicado E-2007-009913 el Vicepresidente de Comercialización y Mercadeo de ECOPETROL S.A. E.S.P. presentó recurso de reposición en contra del Auto por el cual se resuelve una solicitud de pruebas.

El Vicepresidente de Comercialización y Mercadeo de ECOPETROL S.A. E.S.P. sustenta su recurso en los siguientes argumentos:

1. Naturaleza del Regulador

La función de regulación es un mecanismo de intervención del estado en la economía que tiene como propósitos y objetivos los dispuestos en la Ley 142 de 1994.

De esta manera, la principal preocupación del regulador para garantizar los objetivos propuestos debe ser procurar tener acceso a la mayor cantidad de información posible de forma que disminuya la desventaja de "asimetría de información".

Una buena calidad del servicio de regulación se produce cuando el ente regulador se provee de la información correcta, la analiza de forma adecuada y toma las medidas que revelan las pruebas, conforme con la información a su disposición; habrá buena regulación, cuando el regulador no limita la discusión a la señal regulatoria, sino adicionalmente, esta en disposición de discutir la información en la que basa su decisión. Lo anterior, es un mandato legal contenido en el artículo 3 de la Ley 142 de 1994.

La solicitud de pruebas que se allegó con el recurso de reposición a la resolución incoada, tenía como propósito simplemente poner a consideración de la CREG los errores evidentes en los que había incurrido tanto en la captura de la información, como en el análisis de la misma, asuntos que se reflejan en la calidad y el alcance de las decisiones tomada por el ente regulador.

Un error en la función de regulación, en la determinación del precio de GLP, podría implicar un desabastecimiento del producto al interior del país, asunto que sería resultado de una inadecuada regulación.

2. Contenido de la solicitud de pruebas del auto objeto del recurso de reposición

Son necesarias las pruebas solicitadas y negadas mediante auto, por la CREG, en la medida que se olvida lo sustancial de la regulación que se dispone en la resolución, en tanto el resultado no es el reflejo de las condiciones de las partes; para poder remendar el error incurrido se solicitó pruebas pertinentes, conducentes.

La oportunidad en este tipo de actuaciones varía, pero no fueron suficientes las oportunidades que escudriñó la CREG para aportar o solicitar pruebas, en cuanto solo requirieron comentarios para efectuar unos estudios, no obstante, los estudios y resultados esgrimidos, afectan directamente a la empresa y no resultan ser fidedignos a la realidad, por lo que es necesario controvertirlos, estando en la oportunidad legal para ello como se observa de lo dispuesto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

La Resolución CREG 066 de 2007 está fundada en elementos y criterios errados dado que la información y los estudios utilizados por la CREG para proferir la resolución se encuentran sesgados a la realidad, es procedente la solicitud de pruebas con el objeto de que la resolución tenga efectos reales tanto para los usuarios como para los agentes.

Las pruebas solicitadas son conducentes, pertinentes y eficaces, en tanto se pretende la verificación y el esclarecimiento de los hechos en que se fundamenta la resolución, lo cual no fue suficientemente soportado con los estudios e informes previos a los que hace alusión; igualmente, según lo aludido por la CREG, solo se observa de manera unilateral la consolidación de las cifras y de los agentes sobre los cuales fueron estimados los presupuestos bajo los cuales se profirió la resolución.

En este mismo orden de ideas, la CREG se rehúsa a controvertir las pruebas, dado que las pruebas y la información soporte de la resolución es suficiente y sólida; no obstante, es un principio rector de la prueba, su contradicción y en correlación el derecho de defensa de los agentes, la actuación de controvertir su "solidez" en cuanto el procedimiento y el razonamiento para concluir que las afirmaciones de sus fundamentos son equívocos.

Por tanto, la CREG está negando la posibilidad y el derecho procesal, de obtener un resultado diferente en cuanto no evaluó todas las variables y hechos que podrían hacer diferentes sus conclusiones.

Cita el recurrente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de marzo de 1998 en donde se señala acerca del principio de conducencia que el mismo debe propender a "no negar el derecho a solicitar y controvertir pruebas" ni conculcar el derecho de defensa y del debido proceso. Que esto es lo que efectivamente sucedió al negar la CREG la procedencia del decreto de pruebas, por lo que las pruebas deben decretarse en el presente caso, en aras de no vulnerar derechos fundamentales, como el derecho de defensa y debido proceso, consagrados en el artículo 29 de nuestra Constitución Política.

3. Importancia de cada una de las pruebas en función de la resolución

El recurrente en este punto se pronuncia frente a los numerales I y II del auto que se recurre y señala de manera puntual la procedencia de cada una de las pruebas, y la necesidad de que el regulador las decrete y apruebe.

Aduce el recurrente que el hecho que un agente manifieste o no comentarios a los borradores que se prevé en previos a la expedición del acto administrativo definitivo, no puede confundirse con el derecho constitucional y legal de contradicción de los actos administrativos, no solamente porque los actos previos no tienen un carácter vinculante,

sino porque adicionalmente, como ha sido costumbre del regulador, los comentarios poco o nada influyen en la decisión final.

En cuanto a cada una de las pruebas el recurrente se pronuncia de la siguiente manera:

- a. Respecto de la solicitud de oficio a la Superintendencia de Sociedades para determinar cuáles de los agentes que informan de sus actividades a esa entidad realizan la importación de GLP.

Esta prueba resulta conducente, en la medida que tiene la aptitud para demostrar que la base de datos que consideró el regulador, no tiene una relación con la importación de GLP, y en este sentido, debería corregirse la señal que se involucró en la resolución.

En efecto, si la respuesta de la superintendencia fuese que no hay ningún agente que importe GLP, le corresponde al regulador determinar las razones de la misma, y procurar tomar una decisión ya no con una "referencia", sino con un estudio de costos y gastos que permitan establecer realmente cuál es el margen de importación, asumiendo que el regulador se mantiene en imponer un régimen de libertad regulada.

La prueba resulta pertinente, en la medida que la decisión se fundamenta en un hecho cual es que la base de datos no involucra ningún agente importador del producto, y por tanto, que la información que el regulador está considerando es inaplicable, o que por lo menos tiene que ser convalidada, como lo exige los principios de la buena regulación. La preocupación de Ecopetrol radica en el hecho que el referente utilizado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas no es aplicable al caso del GLP, toda vez que la importación de los productos a los que hace referencia la base de datos, asume la existencia de una infraestructura apta para la importación de estos productos.

El regulador no puede limitarse a una simple referencia, sino que debe ir más allá y establecer de la mejor manera posible, los costos necesarios para la importación del producto, que necesariamente deben involucrar la existencia, o la construcción de la infraestructura apropiada para hacer este tipo de operaciones, la cual en el momento no existe.

- b. Oficiar a la Superintendencia de Puertos, para que determine la capacidad portuaria existente para la importación del GLP.

Contrario a lo que asume la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tanto en los documentos puestos a disposición de los agentes, la capacidad para importación del producto no existe y por tanto la prueba solicitada no solamente es conducente sino que adicionalmente es pertinente.

En efecto, tal y como lo afirma el regulador, el único agente que ha realizado operaciones de importación del producto es Ecopetrol, para lo cual debió utilizar infraestructura que originalmente está dispuesta para otros líquidos, sacrificando costo de oportunidad y haciendo uso indebido de la infraestructura de la que dispone.

Si bien estamos completamente de acuerdo con la señal de liberación de precios, es evidente que la señal que se le impone a Ecopetrol, es desde todo punto de vista equivocada, toda vez que no tiene infraestructura para la importación del producto y adicionalmente la señal que introdujo el regulador, no le permite la construcción de las mismas, toda vez que el regulador asume de manera equivocada la existencia de una infraestructura de puertos.

Es conducente la prueba solicitada, toda vez que la Superintendencia de Puertos es la entidad competente para certificar la capacidad de importación o exportación de puertos que tiene el país, y en este sentido, para poder debatir la falsa sospecha tiene el regulador frente a la capacidad de importación.

Si el regulador se equivoca en el porcentaje que le reconoce a Ecopetrol, con el supuesto objetivo de limitar su posición dominante, podría llevar a un desabastecimiento del mercado, incumpliendo esta manera los objetivos regulatorios, ya que Ecopetrol estaría operando a pérdida.

c. Frente al oficio a la sociedad refinera de Cartagena.

La CREG en el Auto que se recurre, en un acto ajeno a cualquier procedimiento establecido para la actuación administrativa, acepta haber accedido al SUI (al cual tenía acceso antes de expedir la resolución), para convalidar la participación de ECOPEPETROL, niega la prueba aparentemente por inconducente e impertinente.

La prueba resulta conducente en la medida que busca debatir el fundamento de hecho sobre el cual el regulador toma su decisión, y adicionalmente a partir del cual somete a Ecopetrol al mayor nivel de intervención posible. Es un derecho de Ecopetrol, que la Comisión de Regulación de Energía y Gas de manera indebida limita y adicionalmente, desprecia mediante el incumplimiento de los procedimientos administrativos existentes.

La prueba al mismo tiempo es pertinente, ya que tiene que ver con los hechos que sirven de causa al regulador y sobre los cuales toma una decisión.

d. Frente al testimonio del Doctor Federico Maya

La CREG no se ocupa de sustentar ni la impertinencia ni la inconducencia de la prueba, si hace un desarrollo extenso del juicio de valor preconcebido que tiene frente al punto en particular.

Tal y como se desprende del texto del Auto que se recurre, el Director Ejecutivo ya decidió por la Comisión de Regulación de Energía y Gas y determinó que la medida tomada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en la que asume una calidad del producto entregado, es una medida necesaria y en este sentido "inmodificable", burlando de paso el procedimiento administrativo y prejugando.

Olvida el Director Administrativo, que existen otros argumentos de aquellos que insinuó en el Auto, como es el principio de suficiencia financiera que obliga al regulador a reconocer la tecnología existente, como en efecto lo señala el artículo 87.4 de la ley 142 de 1994.

4. Improcedencia del auto que niega pruebas por violación del debido proceso

Negar la procedencia y el decreto de las pruebas señaladas en el presente documento, limitan la efectividad al derecho fundamental al debido proceso, como lo ha señalado la Corte Constitucional en varios pronunciamientos en los cuales se ha referido a los presupuestos básicos que deben reunir las actuaciones administrativas a fin de dar efectividad al derecho fundamental al debido proceso.

De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los particulares tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

En consideración con lo anterior, los motivos de un acto administrativo, son los antecedentes de hecho y de derecho que conducen a la expedición del mismo, son las circunstancias que llevan a la administración a expresar su voluntad y por lo tanto, su existencia real fundamentada en la legalidad de la misma.

Entonces, cuando no existe correspondencia entre la decisión, esto es, la Resolución 066 de 2007, que se adopta y los motivos que en el acto se aducen como fundamento de la misma, o cuando los motivos que se expresan en el acto como fuente de la misma no son reales o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, el de la falsa motivación, como lo que sucede en el presente caso, pues la administración ni siquiera permitió el controvertir los supuestos sobre los que se basa la administración, los cuales pueden tener diferentes efectos en la resolución proferida por la CREG.

Finalmente, el recurrente solicita se revoque el auto de fecha 12 de diciembre de 2007, decretando las pruebas solicitadas.

Que en relación con los argumentos expuestos por el recurrente, la Dirección Ejecutiva, considera lo siguiente:

1. Motivación de las decisiones

Manifiesta el recurrente que conforme a lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 142 de 1994 todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta Ley; y los motivos que invoquen deben ser comprobables.

Según lo ha señalado la doctrina debe entenderse que la motivación del Acto Administrativo es "... la exposición de las razones que mueven a la administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste." Siguiendo este concepto podemos afirmar que la motivación viene a constituir la "exposición de motivos" que realiza la administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutive del acto o la resolución misma."¹

De esta manera, la CREG comparte tanto lo expuesto por el recurrente como lo manifestado por la jurisprudencia y la doctrina en lo relativo a la motivación de los actos administrativos, es así que las decisiones contenidas en la Resolución CREG 066 de 2007 contiene la fundamentación que dio origen a la misma la cual se encuentra no solo en la resolución misma sino también en su documento soporte.

Adicionalmente, debe observarse que la Resolución CREG 066 de 2007 es el resultado del proceso que se inicia con la Resolución CREG 066 del año 2002, acto que contiene la motivación en el cual se fundamentaba esta primera propuesta. Posteriormente, en las propuestas contenidas en la Resolución CREG 072 de 2005 así como en el Documento 034 de 2007, se establece la motivación de cada una de las modificaciones a la propuesta inicial lo cual esta soportado debidamente en los estudios y en los análisis que se indican en cada uno de estos actos administrativos.

De otra parte es preciso mencionar que la Resolución CREG 066 de 2007 "Por la cual se establece la regulación de precios de suministro de GLP de Comercializadores Mayoristas a Distribuidores" es un acto reglado, razón por la cual la CREG desde las propuestas iniciales se ciñó a lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley 142 de 1994 y siguientes, normas que señalan que cuando la actuación administrativa se inicia de oficio la Comisión debe disponer de estudios suficientes para definir la fórmula de que se trate, lo cual se observa en el contenido de las diferentes Resoluciones y documentos soporte de los actos administrativos mencionados anteriormente.

Finalmente, en desarrollo y análisis del tema que concluye con la expedición de la Resolución CREG 066 de 2002, se observaron las disposiciones contenidas en el Decreto 2696 de 2004 en lo relativo a las reglas de difusión para la adopción de fórmulas tarifarias a pesar de que se trataba de un proceso que tuvo su inicio antes de

¹ El Acto Administrativo. Gustavo Penagos. Librería El Profesional.

la expedición de este Decreto. Lo anterior, con el propósito de mantener las garantías de divulgación y participación de sus actuaciones.

2. Objeto y conducencia de la prueba

Ante todo debemos reiterar lo manifestado en el auto del 12 de diciembre de 2007 en el cual se observó que en el recurso de reposición presentado por el Vicepresidente de Suministro y Mercadeo de Ecopetrol no se hizo referencia al objeto de las pruebas solicitadas así como tampoco respecto a la conducencia o pertinencia de estas. No obstante, en el auto citado se hizo el análisis de cada una de las pruebas argumentando porque cada una de ellas no era conducente.

La prueba tiene como finalidad convencer a la autoridad de la ocurrencia de determinadas circunstancias de hecho que se suponen que son verdaderas. Adicionalmente, como lo señala la doctrina *"La verdad que necesita el proceso, para que se pueda dictar una sentencia justa, no proviene del mayor número de pruebas, ni de escudriñar todos los hechos. Solo se necesitan los hechos que sean objeto y tema de prueba."*²

En cuanto a la conducencia de cada una de las pruebas señaladas en el recurso es preciso observar lo siguiente:

a. Respecto de la solicitud a la Superintendencia de Sociedades

El recurrente reitera la práctica de esta prueba con fundamento en que la base de datos analizada por la CREG no contempla importadores de GLP. Como lo manifestó esta Dirección en auto de fecha 12 de diciembre de 2007 no se tomó como referente importaciones de GLP al País en razón a que la Superintendencia no cuenta con esta información. Por lo tanto, se tuvo en cuenta la mejor información disponible es decir, el margen de costos operacionales de empresas comercializadoras mayoristas de combustibles sólidos, líquidos y gaseosos reportados al SIREM por las respectivas empresas. Es así que esta prueba no aportaría información adicional a la ya obtenida por la CREG.

El recurrente manifiesta que la información que el regulador consideró es inaplicable y por lo tanto es improcedente el porcentaje establecido. A este respecto es necesario mencionar que de la información reportada por las empresas comercializadoras mayoristas de combustibles sólidos, líquidos y gaseosos se observó que el 80% reportó márgenes inferiores al 8%. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2696 de 2004 la propuesta contenida en el Documento CREG 034 del 1 de junio de 2007 fue puesta a consideración de los agentes, usuarios y terceros interesados. En las observaciones realizadas por los gremios, éstos consideraban que un porcentaje

² Manual de Derecho Probatorio. Jairo Parra Quijano. Ediciones Librería del Profesional.

inferior al 8% sería suficiente para cubrir este margen de comercialización. A este respecto en su momento no se recibieron comentarios de Ecopetrol.

Por lo anterior, la CREG consideró que el 8% es un margen que le permite a Ecopetrol realizar con suficiencia la importación y obtener un margen razonable sobre la operación, ya que el precio cubre el costo total de la transacción (importación), y el margen de comercialización es adicional a los costos de la misma. Conforme lo dispuesto en el parágrafo del artículo 6° de la Resolución CREG 066 de 2007, este precio máximo se aplicará al gas que importe Ecopetrol con destino al servicio público domiciliario, siempre y cuando la importación no se haya realizado para cubrir una insuficiencia de suministro previamente contratada.

b. En relación con la solicitud de oficiar a la Superintendencia de Puertos

Como lo ha señalado la CREG en diferentes oportunidades la capacidad de importación de que dispone el país se encuentra, entre otros puertos, en los de Cartagena, el Golfo de Morrosquillo, Santa Marta y Tumaco. Adicionalmente, tanto en la Costa Atlántica como en la Pacífica se cuenta con infraestructura portuaria de libre acceso que requerirá de los acondicionamientos necesarios para el manejo de combustible.

La CREG tiene el conocimiento de la capacidad portuaria donde posiblemente pueden realizarse importaciones de GLP, no obstante como lo manifestó la Dirección en el auto de fecha 12 de diciembre de 2007 la prueba no es conducente en razón a que las importaciones no necesariamente deben realizarse con esta capacidad.

c. En cuanto al oficio a la Sociedad Refinería de Cartagena

El Sistema Único de Información –SUI- es un sistema de información creado por la Ley 689 de 2001, operado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al cual deben reportar la información las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. A este Sistema de Información tiene acceso la CREG. De esta manera la información de la composición accionaria de la sociedad Refinería de Cartagena se obtuvo a partir de un sistema de información confiable razón por la cual no se llevó a cabo la práctica de esta prueba.

Efectivamente como lo manifiesta el recurrente la prueba no se consideró conducente en razón a que el parágrafo del artículo 4° de la Resolución CREG 066 de 2007 estableció:

“La fórmula establecida en el presente artículo aplica para el GLP de la refinería de Cartagena, mientras la comercialización del mismo esté bajo la responsabilidad de ECOPETROL. Cuando, en razón a la nueva situación de control de este centro de producción, el beneficiario real de la comercialización de sus productos no sea

mayoritariamente ECOPETROL ni dicha comercialización esté bajo responsabilidad y control de ECOPETROL en forma directa ó indirecta, se aplicará para el GLP de la refinería de Cartagena lo dispuesto en el artículo 5º de esta resolución.”

Es así que corresponde determinar a Ecopetrol en que condición se encuentra respecto a la comercialización del GLP de la refinería de Cartagena y demostrar esta situación para aplicar la fórmula establecida en el artículo 4º o la disposición contenida en el artículo 5º de la Resolución CREG 066 de 2007.

d. En relación con el testimonio del Doctor Federico Maya

En el auto de fecha 12 de diciembre de 2007 esta prueba se consideró inconducente principalmente porque la Resolución CREG 066 de 2007 no prohibió la medición de líquidos. Adicionalmente es necesario mencionar que la CREG conoce el sistema de medición de calidad de Ecopetrol así como los reportes diarios que ha realizado a partir del año 2001, por lo tanto la práctica de esta prueba no aportaría información adicional.

3. Debido Proceso

Como lo manifestamos anteriormente la Resolución CREG 066 es un acto administrativo que establece la regulación de precios de suministro de GLP de Comercializadores Mayoristas a Distribuidores razón por la cual se aplican las normas establecidas en la Ley 142 de 1994 sobre régimen tarifario así como lo dispuesto en lo pertinente en el Decreto 2696 de 2004, razón por la cual se analizaron las observaciones que se presentaron a los diferentes actos administrativos y se incluyeron aquellas que se consideraron procedentes.

“La Corte ha indicado que se vulnera el debido proceso cuando el funcionario judicial omite dar respuesta a una determinada petición de pruebas, cuando ha sido formulada oportunamente por alguno de los sujetos procesales. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, al conocer una determinada solicitud de pruebas, el fiscal o el juez de la causa, tienen la obligación de responderla expresamente, ya sea en sentido positivo o negativo. En efecto, de no existir una respuesta expresa, no existiría providencia alguna que pudiera ser objeto de recursos y, en consecuencia, se estaría privando arbitrariamente a las partes de su derecho a recurrir la correspondiente actuación judicial.

(...)

De otra parte, esta Corporación ha señalado que el funcionario judicial cuenta con la oportunidad procesal para definir la pertinencia de las pruebas solicitadas, momento en

el cual podrá negar la practica de aquellas que considere impertinentes o inconducentes para el desarrollo del proceso.³

En el caso objeto de análisis se observa que se cumplió con las disposiciones establecidas en la Ley 142 de 1994 así como en el Decreto 2696 de 2004. De igual forma, se realizó el análisis de las pruebas solicitadas así como también se procedió a desatar el recurso interpuesto en contra del auto de fecha 12 de diciembre de 2007.

En consecuencia, la Dirección Ejecutiva de la CREG:

RESUELVE :

Artículo Primero. Se confirma en todas sus partes el auto de fecha 12 de diciembre de 2007 "Por el cual se resuelve una solicitud de pruebas" por las razones expuestas en la parte motiva.

Artículo Segundo. Contra el presente Auto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HERNÁN MOLINA VALENCIA
Director Ejecutivo

³ Corte Constitucional. Sentencia T-694-00 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.