

RESOLUCIÓN 102 011 DE 2022

(octubre 7)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

<Esta norma no incluye análisis de vigencia>

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS - CREG

Por la cual se adiciona un párrafo al artículo [11](#) de la Resolución CREG 185 de 2020 “Por la cual se establecen disposiciones sobre la comercialización de capacidad de transporte en el mercado mayorista de gas natural”

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por las Leyes [142](#) y [143](#) de 1994, y en desarrollo de los Decretos [1524](#) y [2253](#) de 1994 y 1260 de 2013.

CONSIDERANDO QUE:

El inciso tercero del artículo [333](#) de la Constitución Política establece que “(e)l Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

El artículo [365](#) de la Constitución Política establece, a su vez, que “(l)os servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”, que los mismos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y que “(e)n todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”.

Los artículos [1](#), [2](#), [3](#) y [4](#) de la Ley 142 de 1994 establecen que los servicios públicos domiciliarios son esenciales, y que la intervención del Estado está encaminada, entre otros fines, a conseguir su prestación eficiente, asegurar su calidad, ampliar su cobertura, permitir la libre competencia y evitar el abuso de la posición dominante. Esto mediante diversos instrumentos expresados, entre otros, en las funciones y atribuciones asignadas a las entidades, en especial las regulaciones de las comisiones, relativas a diferentes materias como la gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios, la fijación de metas de eficiencia, cobertura, calidad y su evaluación, la definición del régimen tarifario, la organización de sistemas de información, la neutralidad de la prestación de los servicios, entre otras.

El numeral 14.18 del artículo [14](#), y el artículo [69](#), ambos de la Ley 142 de 1994, prevén a cargo de las comisiones de regulación la atribución de regular el servicio público respectivo con sujeción a la ley y a los decretos reglamentarios como una función de intervención, sobre la base de lo que las normas superiores dispongan, para asegurar que quienes presten los servicios públicos se sujeten a sus mandatos. Dicha atribución consiste en la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y la ley, para someter la conducta de las personas que presten los servicios públicos domiciliarios y sus actividades complementarias a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.

El artículo [34](#) de la Ley 142 de 1994 dispone que “las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificadas, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia”, estableciendo para el efecto, entre otras, qué prácticas son consideradas como restricción indebida a la competencia, dentro de las que se destaca la establecida en su numeral 34.6, que estipula como una de ellas, “el abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta Ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos”.

Según lo dispuesto en el artículo [73](#) de la Ley 142 de 1994, corresponde a las comisiones regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes prestan servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de posición dominante y produzcan servicios de calidad.

De acuerdo con lo establecido en el literal c) del numeral 74.1 del artículo [74](#) de la Ley 142 de 1994, es función de la CREG establecer el Reglamento de Operación para regular el funcionamiento del mercado mayorista de gas combustible.

El artículo [139](#) de la Ley 142 de 1994 establece que no es falla en la prestación del servicio la suspensión que haga la empresa para hacer reparaciones técnicas, mantenimientos periódicos y racionamientos por fuerza mayor, siempre que de ello se dé aviso amplio y oportuno.

La potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación es una manifestación de la intervención del Estado en la economía expresada en la regulación, con la finalidad de corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios.

La Ley 401 de 1997 dispuso en el párrafo 2 de su artículo [11](#) que “las competencias previstas en la Ley [142](#) de 1994 en lo relacionado con el servicio público domiciliario, comercial e industrial de gas combustible, sólo se predicarán en los casos en que el gas se utilice efectivamente como combustible y no como materia prima de procesos industriales petroquímicos”.

La Resolución CREG [080](#) de 2019 establece las reglas generales de comportamiento de mercado para los agentes que desarrollen las actividades de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible. El artículo [13](#) de la mencionada resolución establece lo siguiente:

“ARTÍCULO [13](#). Procura de los intereses de los usuarios. Los agentes que realicen la actividad de comercialización de energía eléctrica, comercialización de gas combustible o comercialización de capacidad de transporte de gas combustible, deben realizar la gestión de sus compras destinadas a atender a los usuarios a quienes prestan el servicio, garantizando que sus actuaciones no tengan la capacidad, el propósito o el efecto de ir en detrimento de los intereses de estos últimos. (...)”

Mediante la Resolución CREG [185](#) de 2020, modificada por la Resolución CREG [126](#) de 2021, se regulan aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural, como parte del reglamento de operación de gas natural, relacionados con la comercialización de capacidad de transporte de gas natural, y contiene el conjunto de disposiciones aplicables a las negociaciones de capacidad de transporte de gas natural que se realicen en el Mercado Primario y en el Mercado Secundario.

La Resolución CREG [186](#) de 2020 regula los aspectos comerciales del mercado mayorista de suministro de gas natural, como parte del reglamento de operación de gas natural, y contiene el conjunto de disposiciones aplicables a las negociaciones del suministro de gas natural utilizado efectivamente como combustible que se realicen en el Mercado Primario y en el Mercado Secundario.

Dentro de las disposiciones incluidas en las Resoluciones CREG [185](#) y [186](#) de 2020, se encuentran los eventos eximentes de responsabilidad en suministro, la aplicación de los eventos de fuerza mayor, caso fortuito o causa extraña, así como de los eventos de incumplimiento y compensaciones por su ocurrencia.

La actividad de transportar gas natural cumple la obligación nacida del contrato de transporte y cobra el servicio prestado, al tiempo que está cumpliendo el contrato está realizando la actividad de transporte. Por esa razón, es que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, “no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual (...)”⁽¹⁾

Siendo el contrato un instrumento indispensable para la organización y el funcionamiento de los mercados y el desarrollo de las distintas actividades económicas, como igualmente lo ha advertido la Corte Constitucional⁽²⁾, la regulación de estas actividades económicas, como las que integran la cadena en cada servicio público, recae principalmente en aspectos relevantes de los contratos.

La Comisión, mediante la Resolución CREG [226](#) de 2021, hizo público un proyecto de resolución de carácter general “Por la cual se reglamentan aspectos comerciales del suministro del Mercado Mayorista de gas natural y se deroga parcialmente la Resolución CREG [186](#) de 2020”. Dentro de los aspectos objeto de la propuesta se encuentran ajustes y modificaciones a los eventos eximentes de responsabilidad en suministro, la aplicación de los eventos de fuerza mayor, caso fortuito o causa extraña, así como de los eventos de incumplimiento y compensaciones por su ocurrencia.

Lo anterior bajo la consideración del servicio público domiciliario de gas combustible en su integralidad, la disponibilidad del servicio público domiciliario para el usuario final, así como la complementariedad existente dentro de infraestructura que hace parte de la cadena de las actividades de la prestación del servicio al usuario final.

La Comisión, a partir de los comentarios recibidos y específicos a la causal transcrita como eximente de responsabilidad por parte de diferentes agentes, evidenció inicialmente la razonabilidad de la medida propuesta y propuso, en consecuencia, de la iniciativa de la regulación, modificar la Resolución CREG [185](#) de 2020 para los contratos de transporte de manera simétrica.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la aplicación de estos eventos eximentes y la no aplicación de compensaciones se han de ver reflejados dentro de los aspectos tarifarios de la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible, indistintamente si se tratan de usuarios no regulados o regulados, bajo la consideración de la integridad de dicho servicio, buscando que gestiones o aspectos contractuales reflejen aspectos o costos ineficientes en las tarifas.

Mediante la Resolución CREG [702 008](#) de 2022, se sometió a consulta la propuesta regulatoria por la cual se modifican las resoluciones CREG [185](#) de 2020 “Por la cual se establecen disposiciones sobre la comercialización de capacidad de transporte en el mercado mayorista de gas natural” y [186](#) de 2020 “Por la cual se reglamentan aspectos comerciales del suministro del mercado mayorista de gas natural”.

Dentro del término de consulta se recibieron los comentarios de los siguientes agentes con los siguientes números de radicado CREG: E2022011948 Enel, E2022011949 de la Transportadora de Gas Internacional – TGI S.A. E.S.P., E2022011892 Hembert Suárez, E2022011944 Asoenergía y E202211985 Promigas S.A. E.S.P.

Ahora bien, se debe considerar que, en relación con el alcance de las atribuciones asignadas a esta Comisión en las leyes [142](#) y [143](#) de 1994, el ejercicio de la facultad regulatoria se debe considerar como una forma de intervención estatal en la economía, a fin de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible y el adecuado funcionamiento del mercado, corrigiendo los errores de un mercado imperfecto, delimitando el ejercicio de la libertad de empresa, promoviendo y preservando la sana y transparente competencia, protegiendo los derechos de los usuarios, así como de evitar el abuso de la posición dominante, entre otras. Es por esto que, las facultades regulatorias previstas en los artículos [73](#) y [74.1](#) de la Ley 142 de 1994 deben sujetarse al cumplimiento de los fines y principios de orden constitucional y legal en materia social y económica⁽³⁾ previstos en dichas normas, garantizando la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado.

En este mismo sentido, la jurisprudencia constitucional y administrativa ha brindado elementos en relación con el alcance de dicha atribución, por lo que ha considerado que el ejercicio de esta función regulatoria busca dar cumplimiento a los fines sociales del Estado⁽⁴⁾, la corrección de las imperfecciones del mercado⁽⁵⁾, así como la satisfacción del interés general⁽⁶⁾. Así mismo, se debe considerar que los servicios públicos domiciliarios tienen una relación inescindible entre su prestación eficiente y la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, de lo cual se entiende que su prestación ineficiente puede acarrear en la vulneración de un derecho

fundamental, ya que su prestación eficiente asegura condiciones de vida digna de todos los habitantes del territorio nacional⁽⁷⁾.

En este sentido, dentro de las actuaciones que adelante la Comisión, en el ejercicio de la actividad regulatoria debe existir una convergencia entre los intereses colectivos que persigue la prestación de los servicios públicos, como aquellos intereses de las empresas en relación con la competencia, la iniciativa privada y la libertad de empresa, entendidas como la existencia de “relaciones jurídicas de equilibrio entre usuarios y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios”⁽⁸⁾.

Por tanto, esta convergencia a través de los mecanismos regulatorios debe garantizar el equilibrio entre la libertad económica (incentivo económico), la promoción de intereses colectivos concretos y la prestación de servicios públicos, es decir, la regulación ha de propender por hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas⁽⁹⁾.

Expuesto lo anterior, a partir de la propuesta regulatoria y los comentarios recibidos, la Comisión considera que aspectos relacionados con el suministro y transporte como bienes complementarios para la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible, evitar que gestiones o aspectos contractuales reflejen costos ineficientes en las tarifas, así como incentivar interacciones y acuerdos desde la gestión técnica de la infraestructura de suministro y transporte que no deba asumir el usuario, lo anterior, desde la óptica del servicio público domiciliario al usuario final y no de manera independiente frente a cada actividad complementaria, deben ser actualmente considerados dentro de la regulación, principalmente dentro de la actividad de transporte de gas natural y sus aspectos comerciales.

En este sentido, un primer elemento corresponde a incorporar la propuesta regulatoria definiendo un evento eximente, de manera transitoria en transporte de gas natural, relacionado con las suspensiones por labores programadas para reparaciones técnicas o mantenimientos periódicos de la infraestructura de suministro de gas que imposibilite la totalidad de la entrega de gas en el punto de entrada del respectivo contrato de transporte.

Dicha transitoriedad implica una aplicación de la disposición de manera temporal, período en el cual la Comisión ha de evaluar la necesidad de mantener dicha disposición de forma permanente, analizando la pertinencia de la correlación de la permanencia de las medidas para el suministro, así como las posibles implicaciones en el mercado, como puede ser la remuneración de la actividad de transporte.

Así mismo, del análisis de los comentarios, la Comisión no ha evidenciado que efectivamente se encuentre demostrada la afectación al criterio de suficiencia financiera, más aún cuando se ha expuesto por parte del transportador la existencia de ingresos adicionales derivados de un mismo evento eximente. Por el contrario, se evidencia que, de no dar aplicación a los principios y fines expuestos, estas condiciones de mantenimiento en la infraestructura de suministro, genera que los usuarios finales del servicio se vean inmersos a pagar o sufragar costos ineficientes, o soportar gestiones técnicas de infraestructura que no están a su cargo.

Igualmente, se debe reiterar que la motivación y revisión de esta iniciativa parte de la propuesta regulatoria de la Resolución CREG [226](#) de 2021 “Por la cual se reglamentan aspectos comerciales del suministro del Mercado Mayorista de gas natural y se deroga parcialmente la Resolución CREG [186](#) de 2020”, la cual incluye ajustes y modificaciones a los eventos eximentes de responsabilidad en suministro. De los comentarios recibidos a dicha propuesta, la Comisión desarrolló su análisis para ser extensivas dichas medidas en los aspectos comerciales de transporte de gas natural. Así mismo, la Comisión tuvo conocimiento por parte del CNOGas, de la afectación en duración y volumen a los usuarios finales, con ocasión a la existencia de eventos de mantenimientos programados de fuentes de suministro, y el cobro de las tarifas y cargos de transporte frente a infraestructura que no sería utilizada para la prestación del servicio con ocasión a dichos eventos.

Se concluye entonces que, una medida regulatoria en el corto plazo que incorpore los fines y objetivos expuestos en relación con la prestación del servicio público de gas natural, corresponde a establecer medidas con una limitación en el tiempo, tiempo en el cual, la Comisión analizará en el mediano plazo, la necesidad y pertinencia de aplicar de manera permanente las medidas, logrando establecer si existen implicaciones de largo plazo en los

mecanismos de remuneración de la actividad de transporte que se encuentren justificados y demostrados, al igual que, si dicha medida debe ser extensiva y con ese mismo carácter permanente para el caso de suministro, atendiendo la simetría que esto debe tener para ambos ámbitos regulatorios.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la aplicación de los eventos eximentes, se han de ver reflejados dentro de los aspectos tarifarios de la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible, indistintamente si se tratan de usuarios no regulados o regulados, bajo la consideración de la complementariedad del servicio público domiciliario, buscando que gestiones o aspectos contractuales reflejen aspectos o costos ineficientes en las tarifas.

En cuanto a las medidas propuestas y su aplicación en los contratos vigentes, se ha de considerar que: i) los aspectos aquí definidos corresponden a normas de orden público de obligatorio cumplimiento que han de ser recogidas en los contratos actualmente suscritos, ejemplo de esto es que los eventos eximentes están explícita y taxativamente definidos en la regulación; ii) el Reglamento Único de Transporte, RUT, de la Resolución CREG [071](#) de 1999 establece la obligación de incorporar una cláusula de ajuste regulatorio en los contratos de transporte de gas natural; iii) este tipo de medidas relacionadas con la gestión y desarrollo contractual de los agentes en estos aspectos siguen el cumplimiento de fines y objetivos en materia de eficiencia (i.e. evitar el traslado de costos ineficientes) y de debido funcionamiento del mercado (i.e., la incorporación de eventos eximentes y compensación dentro de la gestión contractual de los agentes) de acuerdo con lo previsto en la Ley 142 de 1994, lo cual cuenta con un respaldo jurisprudencial⁽¹⁰⁾ sobre este tipo de intervenciones desde la regulación sobre la autonomía privada en el marco de la gestión contractual, al perseguir fines constitucionalmente legítimos⁽¹¹⁾.

De conformidad con lo previsto por la Ley [1340](#) de 2009 y el Decreto [1074](#) de 2015, la presente resolución no modifica disposiciones en materia de libre competencia, ni modifica sustancialmente condiciones que, una vez revisadas las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio y la normativa vigente en materia de abogacía de la competencia, deban ser sometidas a consideración por las consideraciones previamente anotadas.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No.1201 del 07 de octubre de 2022, acordó expedir la presente Resolución.

En consecuencia,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo [11](#) de la Resolución CREG 185 de 2020, adicionando el siguiente párrafo:

“Párrafo 4o. De manera transitoria, las suspensiones por labores programadas para reparaciones técnicas o mantenimientos periódicos de la infraestructura de suministro de gas que imposibiliten la totalidad de la entrega de gas en el punto de entrada del respectivo contrato de transporte, se considerarán como evento eximente hasta el 31 de diciembre de 2022, siempre que de ello se dé aviso amplio y oportuno conforme al protocolo al que se hace referencia en el párrafo 3 de este artículo, y el párrafo 3 del Artículo [11](#) de la Resolución CREG 186 de 2020, o aquellas que la modifiquen o sustituyan.

Las suspensiones por este concepto estarán sujetas a lo establecido en el Artículo [12](#) de la resolución CREG 186 de 2020”.

ARTÍCULO 2. VIGENCIA. La presente resolución rige a partir de su publicación en el Diario Oficial y deroga las normas que le sean contrarias.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, 07 OCT. 2022

BELIZZA JANET RUIZ MENDOZA

Viceministra de Energía, delegada de la Ministra de Minas y Energía
Presidente

JORGE ALBERTO VALENCIA MARÍN

Director Ejecutivo

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>

1. Sentencia T-240 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
2. Sentencia C-624 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
3. Ver entre otras, las sentencias de la H. Corte Constitucional C-[150](#) de 2003, C-[1162](#) de 2000, C-[186](#) de 2011.
4. Corte Constitucional, Sentencia C-[075](#) de 2006.
5. Corte Constitucional, Sentencia C-[150](#) de 2003, C-1120-05 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera, Consejero ponente: doctor: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009), Núm. Rad.: 11001 032400020040012301
6. Corte Constitucional, Sentencia SU-2010 de 2008.
7. Estos mecanismos de intervención en el mercado de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por parte de las comisiones de regulación, consagrados en las leyes [142](#) y [143](#) de 1994, han de considerarse entonces como mecanismos de racionalidad diseñados por el legislador, los cuales se encuentran constitucionalmente protegidos y cuyo uso está dirigido al cumplimiento de estos fines y objetivos.
8. Corte Constitucional, Sentencia C- [075](#) de 2006
9. Adicionalmente de lo expuesto por parte de la Corte Constitucional en Sentencia C-[353](#) de 2006, se debe tener en cuenta que como antecedente en relación con la aplicación de las normas en materia de servicios públicos domiciliarios y el ejercicio de las facultades regulatorias que ejercen las comisiones de regulación las siguientes consideraciones expuestas por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-[150](#) de 2003:
10. Corte Constitucional, Sentencia C-[186](#) de 2011.
11. Este tipo de medidas expone la Corte corresponden a “un mecanismo de racionalidad instrumental diseñado para adoptar con celeridad los ajustes técnicos requeridos en un mercado donde la libre competencia y la iniciativa se encuentran protegidas, pero cuyo fin último es la prestación eficiente y adecuada de servicios públicos”.

