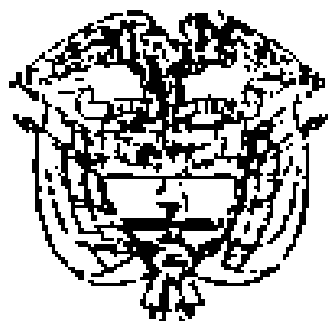




Libertad y Orden

**Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia**

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 1 de 36

El Superintendente Delegado para Energía y Gas (E), en ejercicio de las funciones conferidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 13 de la Ley 689 del 2001, el Decreto 990 de 2002, delegadas mediante la Resolución No. 000021 del 05 de Enero de 2005 expedida por el Superintendente de Servicios Públicos, y el Decreto 01 de 1984 y,

Considerando

1 Antecedentes

1.1 Que este Despacho mediante la Resolución SSPD Nro **20092400013815** del **2009-06-01**, impuso sanción pecuniaria a la empresa **ECOPETROL S.A.** con número de NIT **8999990681**, por la suma de cuatrocientos millones cuatro mil quinientos pesos con cero centavos de pesos moneda legal colombiana (\$400'004.500,00) (folios 1081 a 1112)

1.2 Que la anterior resolución fue notificada por edicto Nro 278, cuya fecha de desfijación correspondió al 30 de julio de 2009, (folio 1115).

1.3 Que la Doctora Carolina Pelaéz Pelaéz en su calidad de apoderado especial de la empresa **ECOPETROL S.A.**, interpuso ante este Despacho, recurso de reposición mediante escrito con radicado interno 20095290484142 de fecha 2009-08-05, (folios 1116 a 1138)

2 Análisis

Procede el Despacho a desatar el recurso de reposición interpuesto por la doctora Carolina Pelaéz Pelaéz en su calidad de apoderada especial de la empresa **ECOPETROL S.A.** contra la Resolución SSPD Nro **20092400013815** del **2009-06-01**, de conformidad con el contenido del artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, para el efecto se procederán a analizar los argumentos expuestos por el recurrente, así:

(...) II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

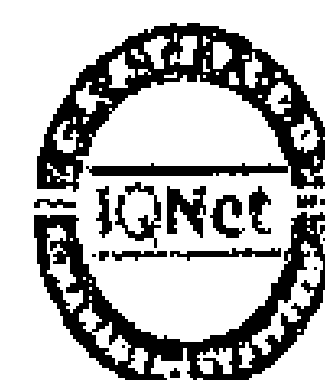
1.- PRIMER CARGO

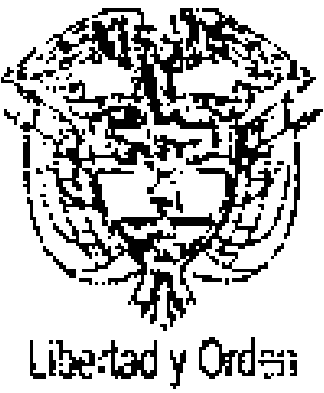
"Ecopetrol S.A. vulneró lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CREG 70 de 2006."

Como quedo demostrado en el ejercicio de derecho de defensa y contradicción (mediante respuesta al Pliego de Cargos, 20072400554231) Ecopetrol no incurió en violación de la Resolución CREG 070 de 2006, pues no pudo violarse una norma inexistente al momento de la suscripción de los contratos, como lo era la disposición referida como supuestamente violada, esto es, el artículo 2 de la Resolución CREG 070 de 2006, que modifica el artículo 1 de la Resolución CREG 023 de 2000, pues dicha norma no estaba vigente al momento de la negociación y firma de los contratos DIJ 1039, DIJ-1006, DIJ-1005 DIJ-980, con algunos generadores térmicos del interior.

Ahora bien, pretender sancionar a Ecopetrol por una violación a la Resolución CREG 070 de 2006,

Carrera 18 No. 84-35 Bogotá D.C.- Colombia
PBX: 6913005
FAX: 6913142
AA 88666
www.superservicios.gov.co





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 2 de 36

por cuanto ésta, como lo expresa la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la Resolución objeto de Reposición supuestamente, “*recoge los antecedentes de las Resoluciones CREG 057 de 1996 y CREG 023 de 2000*”, violaría abiertamente principios rectores del derecho, tales como, el de irretroactividad de la ley, garantía al debido proceso, seguridad jurídica, contradicción y autonomía de la voluntad, entre otros.”(...)

En lo relativo a la irretroactividad de la ley, la recurrente refiere apartes de sentencias proferidas por la Honorable Corte Constitucional C-147 del 19 de marzo de 1997 y C -580 del 2 de febrero de 2009, fundamentando con ello su planteamiento, relativo a la imposibilidad de sancionar a la empresa investigada bajo el amparo de una regulación que no se encontraba vigente al momento de la firma de los contratos.

Concluye en este punto que :

“1.1 IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

(...) “Como lo confirma la Corte, las relaciones jurídicas derivadas de un contrato se rigen por dicho contrato y no es jurídicamente posible pretender que el contrato fue modificado por la ley, pues es un principio universal del derecho el que los contratos se someten a la ley vigente al momento de su celebración y no a las posteriores, las cuales lógica y físicamente no es posible prever.”(...)

Continúa sus argumentos, afirmando que la regulación vigente al momento de suscripción de los contratos era la Resolución 057 de 1996, en la cual se consagra la libertad contractual, procediendo a transcribir los artículos 11 y 12 de la regulación en cita, estimando que :

“1.2 REGULACIÓN APLICABLE A LOS CONTRATOS – RESOLUCION CREG 057 DE 1996.

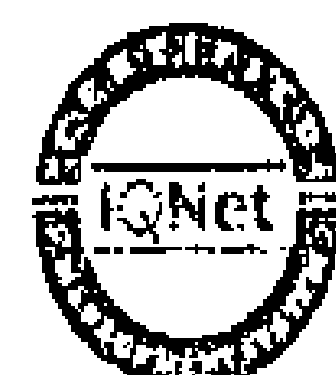
(...) “Los anteriores artículos reflejan con claridad la voluntad del regulador de permitir la máxima libertad contractual siempre y cuando no se atente contra las leyes y a los principios de libre competencia.

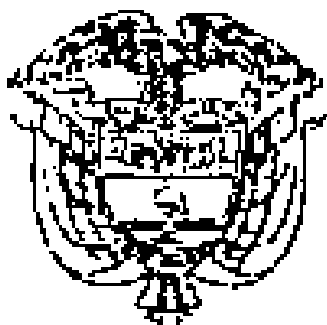
Dado que: (i) al momento de celebrarse los contratos no existía ninguna restricción particular para la contratación del suministro de gas con grandes consumidores, y (ii) que los acuerdos con los agentes térmicos no restringen en forma alguna la competencia, se puede concluir que estos acuerdos deben considerarse válidamente celebrados bajo la normatividad vigente, esto es la Resolución CREG 057 de 1996. (...)

Añadió frente a la vigencia normativa de los contratos que :

“1.3 LA RESOLUCION INCURRE EN UNA VIA DE HECHO POR DEFECTO ORGANICO, AL DESCONOCER QUE LA RESOLUCION CREG 070 DE 2006 NO RIGE FRENTE A LOS CONTRATOS CELEBRADOS ANTES DE SU VIGENCIA.

Como se explicó, las relaciones entre Ecopetrol y los compradores de gas a los que se refiere la Resolución están regidas por contratos celebrados en 1997, bajo la vigencia de la Resolución CREG 057 de 1996. Así las cosas dado que la relación con los compradores de gas se rige por las





Libertad y Orden

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 3 de 36

disposiciones contractuales establecida en 1997, la supuesta transgresión de la Resolución CREG 070 de 2006 no se presenta, pues en esa norma se establece **una obligación contractual que no puede ser introducida en contratos celebrados con anterioridad a su vigencia**. En efecto, de acuerdo con la Resolución, Ecopetrol debía mantener disponible la cantidad de gas contratada por los clientes con quienes celebró contratos de 1997, pues la relación existente con ellos se basa en un contrato ToP de los que define la Resolución CREG 070 de 2006. Dado que cuando se celebraron los contratos de 1997 **el contrato ToP no estaba tipificado**, la consecuencia que se sigue de la tesis de la SSPD en la Resolución es que los contratos de 1997 fueron modificados por la Resolución CREG 070 de 2006 y que las obligaciones que en esa Resolución se establecen para ese tipo de contratos quedaron incluidas en los contratos de 1997 por virtud de la Resolución CREG 070 de 2006.

Teniendo en cuenta que la Resolución desconoce la norma vigente al momento de celebración de los contratos de 1997, la Resolución pretende obligar a los contratantes a seguir las disposiciones relacionadas con el contrato ToP que no existía al momento de su celebración y genera como efecto de ello una modificación en los contratos que no fue realizada, consentida y acordada por las partes contractuales, por lo que la Resolución modifica los contratos celebrados y sanciona el incumplimiento de obligaciones que no fueron acordadas por las partes en su relación contractual. Como consecuencia de lo anterior, la Resolución incurre en una vía de hecho por defecto orgánico y viola el derecho fundamental de Ecopetrol al debido proceso e infringe el derecho de libertad contractual, pues altera, sin que sea jurídicamente posible, la voluntad de las partes y modifica sus contratos.

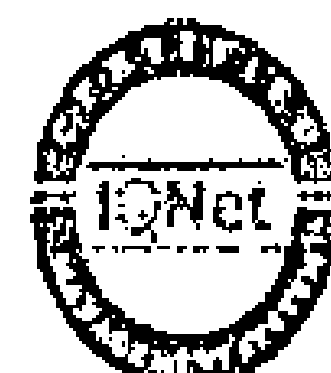
Debido a lo anterior, la Resolución es ilegal e inconstitucional, lo cual amerita su revocatoria, como acá se solicita.

Es de anotar que la afirmación de la SSPD en el sentido de que la Resolución CREG 057 de 1996 supuestamente se encuentra "inmerso" un suministro en la cantidad contratada igual al previsto en la Resolución CREG 070 de 2006 resulta desafortunada y violatoria del Derecho de Defensa, pues en este proceso no se puede sancionar a Ecopetrol por infracciones a la Resolución CREG 057 de 1996, toda vez que el marco de acción fue fijado en la formulación de cargos y como consecuencia de dicha formulación de cargos la defensa se ejerció frente a cargos formulados con base en la supuesta transgresión de la Resolución CREG 070 de 2006 y no frente a la Resolución CREG 057 de 1996.

1.4 SI LA SSPD ABRIÓ INVESTIGACIÓN POR LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE LA RESOLUCIÓN CREG 070 DE 2006, DEBE HACER LA EVALUACIÓN A LA LUZ DE ESA NORMA, PUES DE LO CONTRARIO VIOLA LOS DERECHOS DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN.

(...) Si la SSPD llegara a sancionar invocando las Resoluciones CREG 057-96 o 023-00, la SSPD violaría flagrantemente los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, pues a Ecopetrol no se le formularon cargos por supuestas infracciones a dichas normas, y en consecuencia no tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de los mismos, como sí lo pudo hacer, en relación con la presunta violación a la Resolución CREG 070 de 2006.

No sobra recordar que el derecho administrativo sancionador sigue los principios básicos del





Libertad y Orden

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 4 de 36

derecho punitivo. En este sentido la determinación de la conducta sancionable, de los hechos que se investiga, de las normas que se consideran violadas y de las sanciones que se pueden imponer, **son elementos esenciales del procedimiento, que deben ser especificados al investigado para que él pueda ejercer en forma efectiva el derecho de defensa.**

De acuerdo con la Resolución al formularse cargos y correrse traslado de la apertura del proceso ECOPETROL, se le indicó a dicha sociedad que el primer cargo que se formulaba tenía por objeto determinar si Ecopetrol infringió o no la resolución CREG 070 de 2006.

Este punto resulta de suma importancia para el proceso, pues la formulación de cargos establece el marco legal frente al cual el investigado ejerce su derecho de defensa y contradicción. Como consecuencia de lo anterior, las normas que se citan como violadas son aquellas frente a las cuales el investigado va a sustentar su defensa, sin que puedan modificarse posteriormente, pues de hacerlo se estaría violando el derecho de defensa y el debido proceso.

En el presente caso la norma sobre la cual se desarrolla el debate jurídico, pues así se indicó en la formulación de cargos, es la Resolución 070 de 2006, por la cual la SSPD no puede modificar su análisis para enfocarlos frente a otras normas, sino que tiene que limitar su estudio a esta disposición.

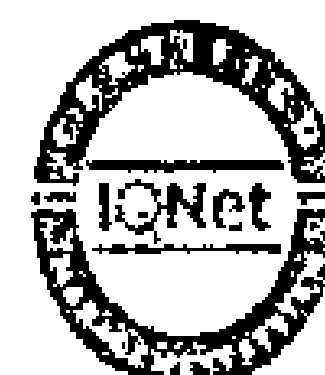
Es de anotar que la afirmación de la SSPD en el sentido que la Resolución CREG 057-96 supuestamente se encuentra "inmerso" un suministro de cantidad contratada igual al previsto en la Resolución CREG 070 de 2006 resulta desafortunada y violatoria del derecho de defensa, pues en este proceso no se puede sancionar a Ecopetrol por infracciones a la Resolución 057-96, toda vez que su marco de acción fue establecido en la formulación de cargos, en el que el cuestionamiento y por ende la defensa se plantearon frente a la Resolución CREG 070 de 2006 y no frente a la Resolución 057-96.

1.5 NO ERAN CONTRATOS "PAGUE LO CONTRATADO" EN LOS TÉRMINOS DE LA CREG 023 DE 2000.

La SSPD afirma reiteradamente que los contratos objeto de investigación (en adelante los "Contratos") se trataba de contratos bajo la modalidad "*pague lo contratado*". En este orden de ideas la SSPD concluye que se violó el artículo 2 de la Resolución CREG 070 de 2006, el cual modifica la definición del contrato pague lo contratado o "take or pay" contenida en el artículo 1 de la Resolución CREG 023 de 2000.

En relación con este punto reiteramos que la modalidad contractual "*pague lo contratado*" fue **introducida solo en el año 2000 con la resolución CREG 023**. Los contratos, "contratos de suministro de gas natural para la generación de energía eléctrica", como se ha manifestado a lo largo de la investigación y del presente recurso, fueron suscritos en el año 1996 al amparo de una regulación específica de libertad contractual : (...)

Pretende darle a los Contratos negociados, acordados y firmados en el año 1996 el alcance previsto en la modalidad contractual "*pague lo contratado* ", introducida en años posteriores, es pretender que vía control y vigilancia, se le dé un alcance a los contratos que la misma regulación en ese entonces no preveía, desconociendo los derechos, responsabilidades, principalmente, los riesgos que cada una de las partes decidió asumir al momento de negociar y suscribir los Contratos, así como el principio de irretroactividad de la ley anteriormente expuesto y consignado





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 5 de 36

en nuestra Constitución Política, que la jurisprudencia en forma reiterada ha ratificado.

En efecto, lo referidos contratos de suministro de gas fueron suscritos con los generadores térmicos del interior del país durante el año 1996; es decir, que la norma aplicable a los contratos suscritos con Ecopetrol y los generadores térmicos en ese entonces, no puede ser una norma expedida diez años después de suscritos los contratos, como lo es la Resolución CREG -070 de 2006, sino la Resolución CREG 057 de 1996, norma vigente y aplicable a los negocios jurídicos suscritos en la época de firma de los contratos.

La regulación vigente en el año 1996, (Resolución CREG 057 de julio 30 de 1996 (cuyo texto en buena parte continua hoy vigente)) preveía como modalidades contractuales los denominados "Contrato en Pico", los "Contratos Firmes", los "Contratos Interrumpibles", las "Opciones Contractuales", la posibilidad de pactar una "Prima de Disponibilidad" y, adicionalmente estaba consignado, como aún existe hoy en día, el principio de "Libertad de Negociación para Grandes Consumidores", que no puede no debe ser desconocido en el trámite de esta investigación.

Posteriormente la Resolución CREG -023 de 2000 definió dos tipos de contratos, el "Pague lo Contratado" y el "Pague lo Demandado". Esta última modalidad fue eliminada por el regulador en la resolución CREG 070-06, por reconocer la Comisión que no remuneraba la firmeza que debía ofrecer el vendedor en este tipo de contrato.

De igual forma, existía en el ordenamiento jurídico otro tipo de normas, como el Decreto 1484 de 2005 (modificado por los Decretos 4724 de 2006 y 880 de 2007), que igualmente trae definiciones para las modalidades contractuales relacionadas con el suministro de gas natural, iguales o similares a las definidas regulatoriamente. Es así como existen "Contratos que Garantizan Firmeza", los "Contratos que Garantizan Firmeza Parcial", los "Contratos que no Garantizan Firmeza", y los "Contratos Mixtos".

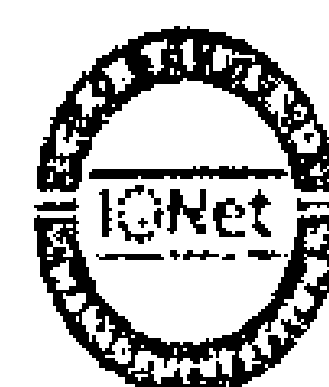
Lo anterior demuestra que el tema de la definición de las modalidades contractuales existentes, no es pacífica, que no siempre han sido regladas en forma idéntica, y que de acuerdo con el tipo de contrato y, principalmente, del momento en que se firme el mismo, deben identificarse los elementos propios de cada una de ellas para estarse a lo exigido por la normatividad al momento de perfeccionarse el contrato."

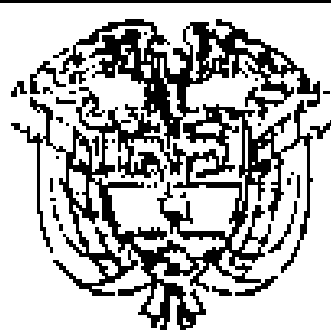
Nuevamente la apoderada general refiere la Libertad Contractual, con la transcripción del artículo 11 de la Resolución CREG 057 de 1996, para reiterar que lo generadores térmicos negociaron libremente con Ecopetrol los términos y condiciones de suministro, así :

"1.6 LIBERTAD CONTRACTUAL.

(...) A diferencia de lo señalado por la SSPD, Es (sic) importante resaltar que, en efecto, el artículo que consagra la libertad contractual, que se mantiene en la actualidad, y el artículo 12, referente a "opciones contractuales" citado en el numeral 1.2 anterior, consagran la máxima libertad en cuanto a las condiciones contractuales a ser pactadas por los grandes consumidores, las cuales incluyen, entre otras, cantidades, precios, puntos de entrega, etc.

En consecuencia no es clara la razón por la cual la SSPD afirma en la Resolución que la libertad contractual tiene límites dentro de los cuales se deben negociar las condiciones, objeto del contrato





Libertad y Orden

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 6 de 36

respecto de uno solo de los elementos contractuales como lo es el precio, más no en lo relativo a garantizar que los contratos cumplan con la totalidad de la capacidad contratada, cuando la norma permite explícitamente "... *negociar libremente sus contratos y precios* ".

Esta conclusión atenta de forma abrupta el principio de legalidad.

En virtud de la libertad contractual, las Partes acordaron negociar con la obligación por parte de Ecopetrol de entregar en un punto determinado, un volumen de gas natural, y en caso de no tenerlo disponible, pagar una suma de dinero. El generador térmico por su parte se obligó a consumir un porcentaje determinado de ese volumen estipulado, con la consecuente obligación de pagarlo en el evento en que finalmente no lo utilizara, cuando esta obligación de pago por parte del comprador se verifica respecto de volúmenes no consumidos tiene derecho a solicitar y consumir ese gas en un periodo posterior, con cargo al pago realizado previamente.

Ecopetrol y los mencionados clientes renegociaron los contratos para recomponer las obligaciones de los mismos. En ellos los clientes mantuvieron el esquema de que el vendedor debe entregar o pagar la compensación por la no entrega del gas natural, ya que dichos clientes conocían y aceptaban una eventual insuficiencia de gas en el punto de entrega.

Lo anterior significa que como resultado de un proceso de negociación, las partes, en ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad privada, establecieron de común acuerdo, en el marco de la libertad contractual de los grandes consumidores, los mecanismos de compensación que garantizaban el cumplimiento de las obligaciones del contrato en el eventos de no entrega del gas solicitado por parte del comprador. Todas estas obligaciones y compromisos han sido rigurosamente honrados por ECOPETROL, y muestra de ello es que transcurridos 10 años desde la declinación acelerada de una de las fuentes originales de suministro de estos contratos (Opón), no existe reclamación por incumplimiento contractual en contra de Ecopetrol por parte de sus clientes en este sentido."

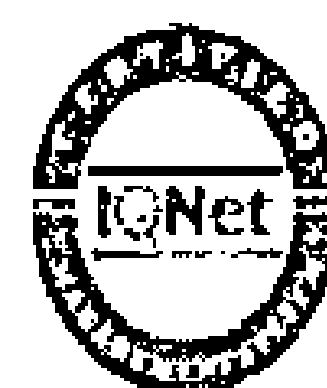
Así, el recurrente concluyó en este punto que no se puede invocar el incumplimiento de la Resolución CREG 070 de 2006, por cuanto las resoluciones anteriores y en especial la Resolución CREG 057-06 permite que los comercializadores que atienden grandes consumidores les era posible suscribir contratos en términos distintos atendiendo a la libertad contractual.

Estimó además, que esta Superintendencia no explicó la manera en que se perjudicó el mercado eléctrico, la distorsión de funcionamiento o la disminución de generación, recayendo sobre este organismo de investigación la carga probatoria, explicando:

"1.7 IMPACTO SOBRE LOS DEMÁS AGENTES DEL MERCADO ELÉCTRICO

(...) No obstante lo anterior, la SSPD no explica de qué manera se perjudicó a algún agente del mercado eléctrico, ni demuestra si efectivamente hubo disminución en la generación real de las plantas térmicas al interior del país, ni mucho menos demuestra si hubo una distorsión sobre el funcionamiento del mercado eléctrico.

Adicionalmente es preciso aclarar que, de acuerdo con el despacho eléctrico realizado y enviado diariamente por el CND a ECOPETROL, el gas destinado a la generación térmica incluye, entre





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 7 de 36

otros, generación por seguridad, por mérito, por pruebas y por condiciones de índole operativo asociadas a las características técnicas de cada generador. Con los criterios de priorización establecidos en la normatividad vigente, la asignación de gas disponible para este sector de la demanda exige al comercializador considerar este tipo de condiciones, dando prioridad a la cantidad de gas asociada a la generación por seguridad. En todos los eventos Ecopetrol entregó el gas requerido para la generación por seguridad. (...) "

Una vez finalizados lo anteriores esbozos, la empresa investigada continúa motivando su defensa en relación con el segundo cargo endilgado así:

(...) " **2.1 EL NUMERAL 2 DEL ARTICULO 50 DEL DECRETO 2153-92 NO ES APLICABLE AL CASO, PUES EL ARTICULO 34 DE LA LEY 142 DE 1994 ES NORMA ESPECIAL EN LA MATERIA.**

(...) Con la expedición de la ley 142 de 1994 y, en especial, con la estipulación que hiciera el artículo 185 referente al tránsito de la legislación en la que la Superintendencia de Industria y Comercio continuara ejerciendo las funciones señaladas en el Decreto 2153 de 1992 hasta el 30 de junio de 1995, momento en que la SSPD entraría a ejercer plenamente sus funciones, la Superintendencia de Industria y Comercio perdió la competencia para sancionar las empresas prestadoras de servicios públicos, **al tiempo que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se le asignó la competencia para sancionar a dichas empresas que infrinjan la normatividad de libre competencia, que están bajo su control, para lo cual deberá adelantar las investigaciones de conformidad con el artículo 34 de la ley 142 de 1994.**

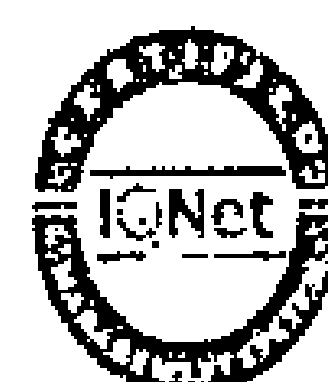
En el artículo 34 de la ley 142 de 1994 se establecieron las conductas por las cuales la SSPD puede sancionar a las empresas que infrinjan las normas de competencia del sector.(...)

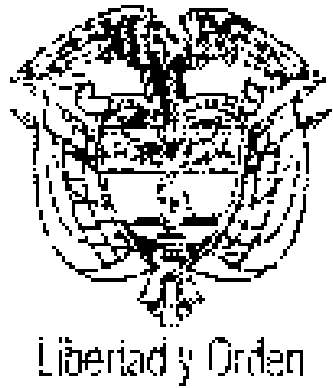
La recurrente, una vez transcribe el artículo 34 de la ley 142 de 1994 y lo refiere al régimen especial para las prácticas comerciales restrictivas, en especial, el abuso de posición dominante, afirmó que tal como lo dispone el artículo 5 de la ley 153 de 1887, la ley de servicios públicos resulta preferente al Decreto 2153 de 1992, por ser la primera una norma especial y posterior, soportando su planteamiento en jurisprudencia proferida por el Honorable Consejo de Estado concluyendo que:

"Así las cosas, frente a los sujetos cobijados por la ley 142 de 1994 – como lo es Ecopetrol frente a este caso-, el artículo 50 del decreto 2153 -92 no le es aplicable, pues existe una **norma posterior y especial** que regula en forma integral la materia.

(...) Es así como la SSPD, como autoridad encargada de aplicar esas disposiciones especiales, solamente puede vigilar el cumplimiento de las mismas, pero no puede ampliar su competencia para aplicar las disposiciones contenidas en el régimen general de competencia (Decreto 2153 de 1992), por cuanto no esta consignada una remisión expresa de sus normas y, por lo tanto, la SSPD no tiene facultades para iniciar investigaciones por cualquier otra practica de abuso de posición dominante que no éste expresamente prevista en la le ley 142 de 1994.

Como consecuencia de lo anterior y dado que los cargos formulados en el proceso se plantearon frente al decreto 2153 de 1992, se tiene que Ecopetrol no pude ser sancionado con base en esa





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 8 de 36

norma, pues la misma no le es aplicable frente a los hechos que se investigan.

2.2. LA SSPD NO ES COMPETENTE PARA DECLARAR INFRACCIONES AL DECRETO 2153 DE 1992.

No es jurídicamente viable que la SSPD aplique al revisar las conductas constitutivas de prácticas restrictivas de la competencia el Decreto 2153 de 1992, pues esta norma, por medio del cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, está concebida para ser aplicada de manera exclusiva por la SIC en relación con los casos respecto de los cuales se le ha conferido competencia, en ejercicio de sus funciones administrativas.

Esta conclusión es evidente si se mira lo dispuesto en los artículos 44, 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, los cuales señalan, en lo pertinente lo siguiente:

ARTICULO 44. ÁMBITO FUNCIONAL. La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.

ARTICULO 47. "Acuerdos contrarios a la libre competencia. para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos (...) "(**Subrayado fuera del texto**)

ARTICULO 48. "Actos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: (...) "(**Subrayado fuera del texto**)

ARTICULO 50. "Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:"(**Subrayado fuera del texto**).

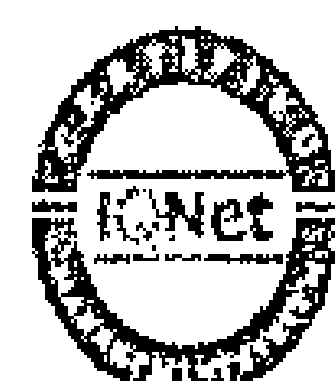
Igual, razonamiento surge en cuanto a la aplicación de la ley 155 de 1959, pues a la misma remite el propio Decreto 2153 para efectos de calificar las conductas que afectan la libre competencia, formando ambas disposiciones el estatuto propio y exclusivo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

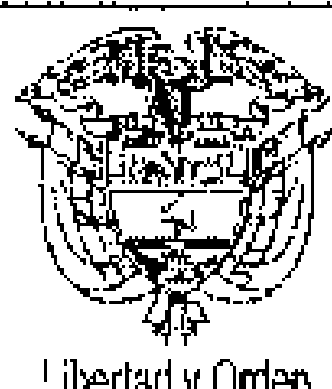
Así las cosas, siendo una función del Superintendente de Industria y Comercio dar aplicación a las normas que contienen el decreto 2153 de 1992, dicha norma no puede ser el sustento en el que se base otra entidad para ejercer competencia en dicha materia. Aplicar estas normas, en el trámite de investigación, constituye una violación al debido proceso.(...)"

Continúa su exposición, argumentando que la decisión recurrida desconoce los principios constitucionales de legalidad y tipicidad al aplicar un régimen sancionador general cuando en la ley 142 de 1994 -norma especial- se define la conducta investigada así:

"2.3 LA SSPD VULNERÓ EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIA.

(...) La ley 142 de 1994 describe en el artículo 34 las conductas que configuran abuso de la





Libertad y Orden

**Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios**
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 9 de 36

posición de dominio, fuera de las cuales no pueden crearse otras por la vía de la interpretación extensiva o de la analogía, como lo hizo la SSPD al catalogar la conducta de Ecopetrol como discriminatoria con fundamento en el Decreto 2153 de 1992, violando el principio de legalidad esencial al debido proceso."

Agregó respecto de la asignación por parte de Ecopetrol que:

" 2.4 LA ASIGNACIÓN POR PARTE DE ECOPETROL A LOS AGENTES NO CONSTITUYÓ DISCRIMINACIÓN

Si bien como lo hemos mencionado a lo largo de este escrito, la SSPD no tiene competencia para investigar una conducta tipificada en el régimen general de la libre competencia, si en gracia de discusión esta entidad pudiese adelantar dicha investigación la actuación de Ecopetrol tampoco se enmarcaría dentro de la conducta de abuso de posición de dominio por discriminación.

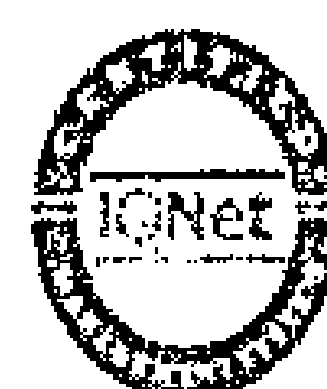
De acuerdo con el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, cuando exista posición dominante, constituye abuso de la misma la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloque a un consumidor o proveedor en una situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas.

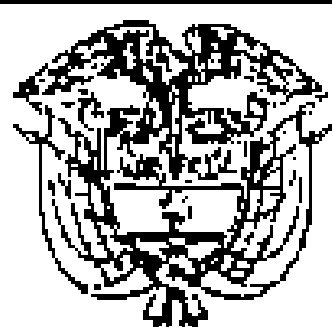
En primer lugar, el término discriminación se defina como acción o efecto de discriminar, de separar, distinguir una cosa de otra. La discriminación implica violación del derecho a la igualdad. La prohibición de establecer o consagrar discriminaciones tiene como finalidad que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso aun beneficio o se restrinja un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada.

Precisando el alcance del término discriminación dentro de las normas de competencia, se encuentra que para que la discriminación tenga lugar, se requiere la existencia de un supuesto de hecho consistente en que los agentes desarrollen o ejecuten actividades equivalentes a las otras personas y reciban un trato desigual. Entendiendo por equivalentes, la ejecución de operaciones bajo condiciones iguales o similares, que en el caso objeto sería el volumen de gas suministrado a los diferentes agentes, de acuerdo al orden de prelación del decreto 1484 de 2005.

Así, para que exista discriminación, es necesario que se presente condiciones análogas, o en otros términos bajo las mismas circunstancias, entre los agentes que desarrollan la operaciones o actividades dentro de la industria o del comercio. La calificación legal de análogo implica que entre los consumidores y proveedores exista una relación de semejanza a pesar de tratarse de empresas distintas. De ahí que sea necesario determinar la equivalencia de las actividades o prestaciones se deberán analizar la correspondencia o no de sus condiciones de tiempo, modo y lugar (Resolución No 588, Enero 16 de 2003)

En el caso de la asignación de gas efectuada por Ecopetrol a los diferentes agentes (Ver Anexo 1 del presente documento), ésta obedeció precisamente a los efectos, las necesidades y criterios de solución equilibrada de las necesidades de consumo, lo cual esta ajustado a criterios cualitativos y cuantitativos, que por si mismo no constituye un acto de discriminación. Ecopetrol ante la faltante de gas, para efectos de su asignación, procedió a dar aplicación a los mismos criterios establecidos por el gobierno, para la asignación del gas en condiciones de escasez, los cuales no pueden ser catalogados como discriminatorios, preferenciales o injustificados. Por lo anterior si Ecopetrol hubiera asignado el gas entre todos los agentes en proporciones iguales, sin consideración al orden de prelación a que se refiere el Decreto 1484 de 2005 (que en otras palabras se traduciría en tratamiento igual entre desiguales), no se hubieran evitado la distorsiones que el decreto pretende contrarrestar frente a la ocurrencia de restricciones en el suministro de gas.





Libertad y Orden

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 10 de 36

Para que un acto discriminatorio se configure, no solo se refiere efectuar un tratamiento diferente, sino también exige que el tratamiento disímil no esté sustentado en justificaciones razonables. El fundamento de la discriminación no sólo radica en tratamientos desiguales, sino en ausencia de justificaciones objetivas. En este sentido toda discriminación presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación.

Desde esta perspectiva los diferentes agentes a quienes Ecopetrol asignó el gas, aunque implique un tratamiento desigual, no genera discriminación si esta fundado en criterios objetivos, razonable y susceptibles de verificación, al utilizar como criterio el Decreto 1484 de 2005."(...)

Sobre este aspecto la recurrente insiste en que Ecopetrol aplicó los criterios dados por el gobierno nacional, concluyendo que los parámetros de asignación fueron los establecidos en el Decreto 1484 de 2005, por ello no incurre en un tratamiento disímil entre los agentes al obedecer claramente la necesidad de continuar con el suministro en el sector.

Por último, estimó que la facultad sancionatoria que le asiste a esta autoridad no es totalmente discrecional, fundamentando su postura en pronunciamientos jurisprudenciales los cuales relaciona en su escrito.

En relación con la dosimetría de la multa impuesta expone:

"2.5 AUSENCIA DE DOSIMETRÍA EN LA SANCIÓN. LA FALTA DE MOTIVACIÓN EN LA SANCIÓN NO ES SUBSANABLE POR LA SSPD EN LA VÍA GUBERNATIVA.

(...) "Del texto de la Resolución se evidencia que : (i) La SSPD se limita a calificar de grave una situación, sin que esgrimiera un solo efecto real adverso como consecuencia que los compradores no pudieran tener el 100% de la capacidad contratada. La SSPD no acreditó ni con pruebas documentarias ni con ninguna otra clase de pruebas los supuestos efectos negativos que genera el no disponer del 100% de la capacidad contratada. (ii) La conducta que cita como grave ni siquiera se encuentra tipificada bajo la regulación aplicable y (iii) La Resolución afirma la consecuente distorsión sobre el funcionamiento del mercados eléctrico, sin que medie prueba alguna que determine el impacto de una presunta infracción sobre la buena marcha del servicio público, basándose solo en conjeturas y suposiciones.

Así pues, la entidad no realizó una motivación para establecer la graduación por la cual determinó el monto de la sanción por \$ 400,004,500, incumpliendo así la obligación de explicar los aspectos tenidos en cuenta para tasar la sanción, violando el derecho al debido proceso por cuanto impidió controvertir en debida forma la estimación de la multa que se impone.

El derecho fundamental del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución política, es aplicable a las actuaciones administrativas y su garantía se hace efectiva cuando se impone el deber a la administración pública de adelantar los procedimientos que permita el pleno ejercicio del derecho de defensa y el de contradicción.

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, los actos que imponen multas por infracciones deben motivar la tasación de la sanción y dar una explicación que permita el adecuado ejercicio del derecho de defensa, lo cual ha de exponerse en el acto que la liquida, para que el





Libertad y Orden

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 11 de 36

infractor tenga la oportunidad de controvertirla y la administración mediante los recursos de la vía gubernativa pueda revisarla si hay lugar a ello."

Finalmente la representante de la prestadora, considera que con fundamento en su exposición la Resolución viola los artículos 6 y 122 de la Constitución Nacional y los artículos 34 y 79 de la ley 142.

2.1. Consideraciones del Despacho

De acuerdo a los argumentos esgrimidos por la apoderada especial de ECOPETROL S.A., este Despacho iniciara el análisis por medio del cual resolverá el presente recurso, revisando los antecedentes de la decisión que ahora se impugna, por lo que se estima conveniente referenciar los sucesos sobre los cuales se estructuraron las presunciones que permitieron iniciar la presente investigación administrativa.

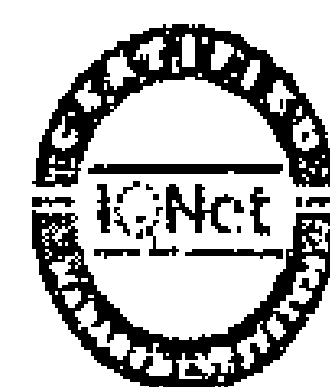
Como antecedente de la decisión que ahora se impugna, este despacho estima conveniente referenciar los sucesos sobre los cuales se estructuraron la presunciones que permitieron iniciar la presente investigación administrativa.

Dentro de las funciones de vigilancia y control, asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de oficio, frente a la posibilidad de presentarse una temporada climática del fenómeno del niño entre septiembre de 2006 a mayo de 2007, esta autoridad elevó requerimientos y promovió reuniones con los productores-comercializadores, con el objetivo de tomar medidas de carácter preventivo frente a la disponibilidad de gas, con la que se podía contar, tanto para prestar el servicio de gas natural, como para su incidencia en el generación de energía eléctrica.

Para el efecto, ECOPETROL S.A., dio respuesta al requerimiento elevado por la Dirección Técnica de Gas Combustible en este sentido, mediante radicado SSPD 20065290339462 de fecha 4 de octubre de 2006, vista a a folio 20 a 23 del plenario, en la cual informó: La capacidad de producción total, la capacidad de producción disponible a comercializar, la capacidad contratada, los volúmenes efectivamente entregados y los mantenimientos programados. Adicionalmente expuso algunos proyectos exploratorios y las gestiones que se encontraba adelantando para viabilizar el incremento de oferta con sus socios.

En igual sentido indicó que en relación con los eventos que pudiesen generar limitación en la atención de la totalidad de la demanda del mercado regulado y no regulado y para la generación térmica, se debía tener en cuenta que en el sector de gas se atendían contratos y era responsabilidad de la demanda estar debidamente contratada para tener la disposición de gas.

Añadió que : "(...) los eventos que pueden generar limitaciones en la atención de los contratos pueden ser mantenimientos y fuerzas mayores o casos fortuitos en las instalaciones de producción (campos, plantas de proceso y/o tratamiento). Adicionalmente para los contratos con punto de entrega Barrancabermeja, los mantenimientos y fuerzas mayores o casos fortuitos que tenga el





Libertad y Orden

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 12 de 36

transportador en el gasoducto Ballena - Barrancabermeja.

Con relación a los contratos con Punto de Entrega Barrancabermeja, estos se pueden ver afectados por la capacidad del gasoducto Ballena- Barrancabermeja, sobre la cual Ecopetrol desde el año pasado ha realizado una solicitud de contratación con ECOGAS, actual transportador de dicho gasoducto, para que éste amplíe la capacidad de transporte de 163 MPCD a 262 MPCD."

Con fundamento en lo anterior, ECOPETROL S.A., estimó que la solicitud elevada a Ecogas para que acometiera las inversiones requeridas, era una ejecución con la cual podía mitigar una posible restricción en el suministro de gas, además de la coordinación operativa con el concurso de todos los agentes.

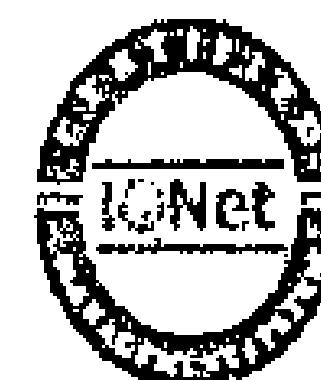
Sobre el asunto en mención, se adelantó en la dependencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios una reunión, el día 4 de octubre de 2006, cuya acta obra a folios 24 a 27 del plenario, con la Gerencia de gas de ECOPETROL S.A., en la que se detectó una restricción de transporte para la fecha, en lo relativo a la entrega de gas en Barrancabermeja, por lo que se solicitó a la empresa prestadora entregar información adicional, sobre la capacidad contratada con los agentes térmicos y la capacidad de suministro de gas, después de la entrada en operación de los sistemas de compresión de Miraflores y de Barrancabermeja.

A su vez esta autoridad solicitó a los generadores termoeléctricos que allegaran los contratos de suministro y transporte de gas natural vigentes, para lo cual requirió a MERIELECTRICA S.C.A. E.S.P., EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P., ISAGEN S.A. E.S.P. y a la HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A. E.S.P., los cuales fueron entregados por las empresas requeridas en los términos informados.

De igual forma reposa a folio 538 y 539 del expediente, comunicación con radicado SSPD 20065290350382 del 13 de octubre de 2006, en la cual la gerencia general de XM compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P., con el objeto de mantener informada a la Superintendencia de Servicios Públicos, acerca de la evolución de la operación del Sistema Interconectado Nacional, informó que ECOPETROL S.A., había venido declarando la Insalvable Restricción en el Suministro No Transitoria de Gas, a partir del 3 de octubre de 2006.

XM S.A. E.S.P., explicó que de acuerdo a las comunicaciones de ECOPETROL S.A., la restricción declarada implicaba un déficit de gas en Barrancabermeja, al no ser posible atender la demanda de gas natural en ese punto y que el impacto estaba direccionado a disminuir la generación real de las plantas térmicas al interior del país con respecto al Despacho Programado oscilando entre 3 y 10 Gwh día, concluyendo que : " *De persistir tal situación y si el fenómeno del niño es severo se aumentarían los riesgos para la adecuada atención de la demanda de energía eléctrica.* "

Obra también inspección administrativa adelantada por funcionarios de la Dirección Técnica de Gas el día 26 de octubre de 2006, (folios 540 a 542) en las instalaciones de





Libertad y Orden

**Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios**
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 13 de 36

ECOPETROL S.A. en la cual se solicitaron y revisaron los contratos suscritos entre ECOPETROL S.A. Y CABOT, ECOGAS, E2, ABOCOL, GASES DEL CARIBE y DRUMMOND, sobre los cuales se solicito el envío de la copia física respectiva, además de un reporte de las transacciones de compra de transporte en el mercado secundario, efectuadas durante el año 2006.

Cabe anotar que la información solicitada fue remitida por ECOPETROL S.A., mediante comunicación SSPD 20065290365782 del 27 de octubre de 2006 (folio 543) la cual fue objeto de un análisis integral por parte de la Dirección Técnica de Gestión de Gas Combustible, específicamente en aquellos contratos de suministro de gas natural en firme proveniente de la Guajira y bajo la modalidad "Take or Pay", suscritos entre ECOPETROL S.A y cuatro agentes termoeléctricos ubicados en el interior del país abajo del punto de entrega de Barrancabermeja del Sistema Nacional de Transporte.

Los contratos que hicieron parte del estudio realizado fueron los siguientes:

A) Contrato DIJ-980 suscrito con MERILECTRICA S.C.A. E.S.P. para la planta de generación TERMOMERILECTRICA, en el que el proveedor es ECOPETROL S.A., cuyo objeto es el suministro de Gas Natural en el nodo de Barrancabermeja por una cantidad contratada de 32.800 MBTU y con vigencia corresponde al periodo de marzo de 1996 hasta 30 de agosto de 2012.(folios 31 a 55).

B) Contrato DIJ-980-AD de fecha 27 de marzo de 2001, adicional al contrato DIJ 980 del 13 de marzo de 1996 de suministro de Gas Natural para la generación de Energía Eléctrica en Termomerieléctrica, mediante el cual entre otras, se modificó la cláusula tercera del contrato inicial, comprometiéndose a entregar a partir del 1 de enero de 2001 y hasta la finalización del contrato una cantidad diaria de gas igual a 32.800 (MBTU/Día) y por cantidad diaria mínima- base anual- CDMin., desde el año 2003 y hasta el año 2012, 8.200 (MBTU /Día).(folios 56 a 73).

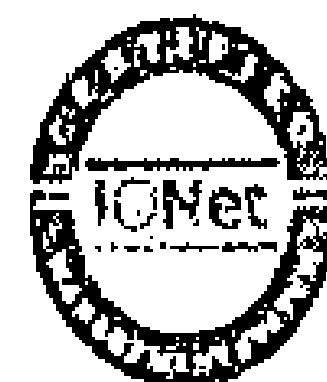
C) Otrosí No 1 al contrato DIJ-980 y si adicional DIJ-980-AD del día 9 de julio de 2003, (folios 74 a 79), en el que se modificó el numeral 4,3 contenido en la Clausula Quinta (punto de Entrega y Transferencia de la propiedad) del contrato DIJ 980-AD, estableciendo :

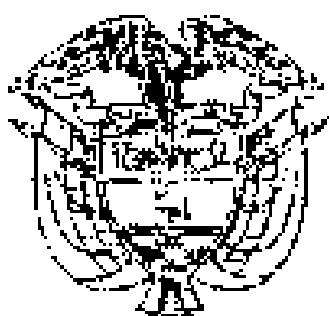
"4.3 Las partes acuerdan que para efectos del presente contrato los puntos de entrega de gas serán los siguientes :

a) Para el gas con destino al Interior del País, será la brinda de salida de los medidores 1,2,3 y 4 localizados en la estación Barrancabermeja de propiedad de Centragás.

b) para el gas con destino a la Costa Atlántica, serán las brindas de salida de los medidores de transferencia de custodia y fiscalización denominados medidor 1 y medidor 2, localizados en los predios de la estación Ballena-- Promigas, aguas abajo de las plantas de deshidratación de gas."
(...)

Carrera 18 No. 84-35 Bogotá D.C.- Colombia
PBX: 6913005
FAX: 6913142
AA 88666
www.superservicios.gov.co





Libertad y Orden

**Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia**

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

**Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1**

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 14 de 36

D) Oferta mercantil Nro GAS OM-05-165 para Suministro de Gas Natural, de 3.500 MBTU /Día, con vigencia desde el 1 de abril de 2006 hasta el día 31 de Diciembre de 2006, cuyo transportador es ECOGAS S.A. E.S.P, con punto de entrega en Ballena (Boca del Pozo), descrita como la Brinda de salida de los medidores del transportador del comprador inmediatamente después de la planta de deshidratación correspondiente, ubicada en la estación Ballena en el Departamento de la Guajira, punto donde se hace la conexión con el sistema de transporte.(folios 93 a 106)

Dentro de las condiciones especiales de la precitada oferta se estableció que el comprador se obliga a contratar capacidad en firme de transporte de gas natural de 3.500 kpcd en el tramo Ballena- Barranca para todo el plazo de suministro de la oferta mercantil.(folios 80 a 91).

E) Oferta mercantil Nro GAS OM-05-166 para Suministro de Gas Natural, de 10.000 MBTU /Día, con vigencia desde el 1 de abril de 2006 hasta el día 31 de Diciembre de 2007, cuyo transportador es ECOGAS S.A. E.S.P, con punto de entrega en Ballena (Boca del Pozo), descrita como la Brinda de salida de los medidores del transportador del comprador inmediatamente después de la planta de deshidratación correspondiente, ubicada en la estación Ballena en el Departamento de la Guajira, punto donde se hace la conexión con el sistema de transporte.

Dentro de las condiciones especiales de la precitada oferta se estableció que el comprador se obliga a contratar capacidad en firme de transporte de gas natural de 500 kpcd para el periodo comprendido entre el 1 de abril y el 31 de mayo de 2006 y de 10.000 kpcd en el tramo Ballena- Barranca para todo el plazo de suministro de la oferta mercantil.(folios 93 a 107).

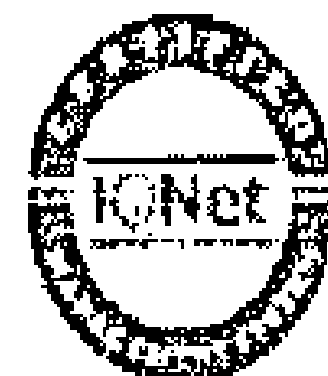
F) Contrato de transporte de Gas Natural STF 01-96 suscrito entre ECOPETROL S.A y EE.PP.M, cuyo punto de entrada correspondía al Centro Operacional de Barrancabermeja y con punto de salida en el corregimiento la Sierra, con fecha de comienzo del servicio 1 de Diciembre de 1997 y plazo de ejecución por 15 años-.

Se lee del texto contractual que la capacidad en firme contratada correspondía a 60.000 (KPCD).(folios149 a 198)

G) Contrato de suministro de gas natural, DIJ-1006, visto a folios 208 a 237,suscrito entre ECOPETROL S.A. E.S.P. con EPM E.S.P., para la planta de generación TERMOSIERRA, el día 19 de abril de 1996, con un plazo acordado de 15 años, en cuya clausula quinta estableció:

"CLAUSULA QUINTA – COMPRA MININA ("Take Or Pay ").

La obligación del comprador, en cuanto a la compra mínima, es recibir o pagar la Cnatidada Diaria Mínima- Base Anual (CD Min) de 19.000MBTU por día calendario. Se debe seguir el





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 15 de 36

procedimiento que se indica en los numerales siguientes.

PARAGRAFO PRIMERO : *Si EL COMPRADOR ejerce su primera opción de Compra, la CDMin se incrementará en una cantidad igual a la nueva cantidad en firme requerida.*

PARAGRAFO SEGUNDO: *La CDMin en ningún caso será inferior a 19.MBTU por día calendario. "*
(...)

El negocio jurídico referido, fue adicionado por el contrato de suministro de Gas Natural DIJ-1006 -AD de fecha 22 de diciembre de 2000, obrante a folios 238 a 250 del plenario, en cuya clausula quinta se acordó:

"CLÁUSULA QUINTA : *se modifican los numerales 4.3 y 4.5 de la Cláusula Cuarta del EL CONTRATO, en la siguiente forma :*

4.3 Las partes acuerda que para efectos del presente contrato el punto de entrega de gas será la brida de salida de los medidores 1,2,3 y 4, localizados en la estación Barrancabermeja de propiedad de Centragás." (...)

H) Contrato DIJ-1005 suscrito con ISAGEN S.A. E.S.P. para la planta de generación TERMOCENTRO, suscrito por ambas partes el día 24 de abril de 1996, cuyo plazo se acordó por 15 años, con una cantidad diaria de gas en firme desde el año 2001 al año 2011 de 48.000 MBTU.

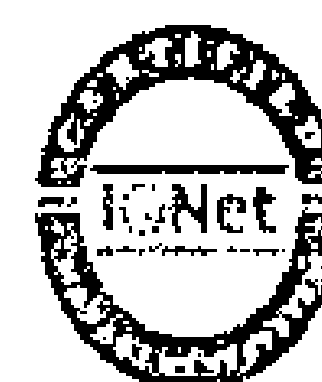
Se observa además que el numeral 4.3 de la cláusula cuarta relativa al punto de entrega y transferencia de la propiedad se estableció:

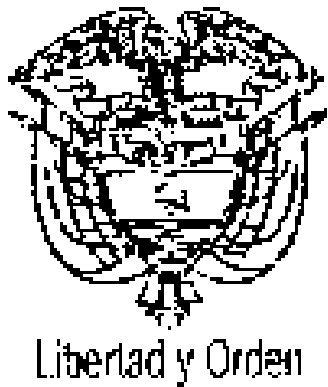
" 4.3 Las partes acuerdan que para efectos de este contrato el Punto de Entrega será el nodo de entregad denominado Barrancabermeja." (...)

I) Contrato DIJ-1039 suscrito con la CHEC S.A. E.S.P. para la planta de generación TERMODORADA, suscrito por ambas partes el día 12 de septiembre de 1996, con un plazo de 15 años y un mes, el cual estableció como objeto del contrato, el suministro en venta de Gas de Opón.(folios 507 a 537)

Así mismo el contrato precitado previó en el numeral 3,3 de su clausula tercera, relativa al alcance de las obligaciones en cuanto a las cantidades de Gas Natural, una tabla sobre la cantidad diaria de Gas en Firme (CDGF) desde el año 1998 al año 2011 , 12.300 MBTU por día.

Por consiguiente, de la lectura que adelantó, esta autoridad fue posible identificar los siguientes resultados sobre la capacidad de suministro en firme contratada por ECOPETROL S.A y los agentes MERIELÉCTRICA SCA ESP, EPM ESP, ISAGEN SA ESP y CHEC SA ESP, con punto de entrega en Barrancabermeja, resultado fue entregado a la Dirección de Investigaciones de Energía y Gas Combustible mediante memorando Nro 20062300074203, por cuanto asistía la presunción de que ECOPETROL





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 16 de 36

S.A., había incumplido con el deber de garantizar la entrega de gas, en este punto, hasta por el 100% del volumen contratado, arrojando el siguiente resultado:

TABLA 1¹. Suministro contratado con los cuatro usuarios del sector termoeléctrico con punto de entrega en Barrancabermeja, analizado en el informe técnico ITG-2006-200

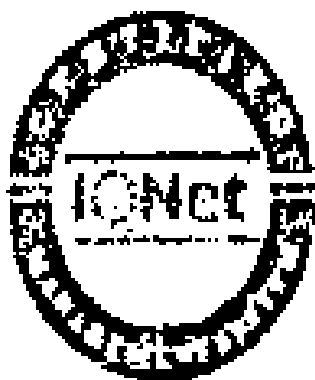
FECHA	CHEC – TERMOPORADA	EEPPM – TERMO SIERRA	ISAGEN – TERMO CENTRO	MERILECTRICA	TOTAL MBTU	TOTAL MPCD
31/01/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
28/02/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
31/03/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
30/04/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
31/05/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
30/06/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
31/07/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
31/08/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
30/09/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
31/10/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
30/11/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
31/12/05	9624	55000	48000	19680	132304	132,7
31/01/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
28/02/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
31/03/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
30/04/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
31/05/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
30/06/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
31/07/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
31/08/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
30/09/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
31/10/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
30/11/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8
31/12/06	9624	55000	48000	32800	145424	145,8

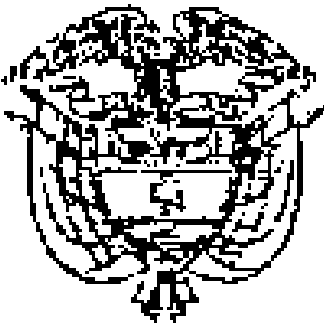
J)Contrato de transporte ESTF-13-2004 del 23 de diciembre de 2004, visto a folios 108 a 143, suscrito entre la empresa Ecopetrol S.A. y el transportador Ecogas, de fecha 20 de diciembre de 2005, estableciendo que el servicio comenzaba el día 1 de abril de 2006, hasta el día 31 de diciembre de 2006, en el que se logró determinar que dentro de las condiciones particulares del contrato las partes aceptaron como objeto principal : " la prestación del Servicio de Transporte en Firme de Gas Natural por el sistema de conformidad con los términos y condiciones del presente contrato."(subrayas fuera de texto)

También se estableció que el servicio de transporte en firme, presentaba una cantidad en firme contratada de 3.500(Kpc/d), con un punto de entrada y puntos de salida para el gas natural, así:

- Punto de entrada: Brida de salida del medidor ubicado en la estación Ballena de Centragás.
- Puntos de salida: 1. Brida de salida de los medidores de Centragás en Barrancabermeja. 2. Hot Tap realizado en la línea de 20" de Gas de alta presión, entre

¹ Fuente: Contratos de suministro, cálculos SSPD.





Libertad y Orden

**Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia**

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

**Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1**

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 17 de 36

Centragás y el COGB ubicado en los predios de Petrosantander que conduce gas hacia la Turbogás de la Gerencia Complejo Barrancabermeja (GCB) de propiedad de EL REMITENTE. 3. En la derivación localizada en la línea de 16" entre Centragás y el COGB en los predios de Petrosantander y que conduce gas hacia la GCB.

Hasta este momento y en acuerdo con los contratos de suministro de gas natural en firme entregados y suscritos por la empresa investigada con las empresas térmicas relacionadas en el plenario, se estableció que el punto de entrega para todos los casos, corresponde al punto de salida 1 del contrato de transporte con Ecogas y la firmeza contratada en los puntos de salida 2 y 3 del contrato de transporte en cita tienen como destino la refinería de ECOPETROL S.A en Barrancabermeja, que además, puede ser utilizada para entregar gas a los usuarios termoeléctricos del interior en el punto de salida 1, es decir, en la brida de salida de los medidores de Centragás en Barrancabermeja.

Se suma a lo anterior el otrosí Nro. 001 al contrato ESTF -13-2005, de fecha 31 de agosto de 2005 obrante a folios 589 a 594, mediante el cual, se adicionó la capacidad en firme contratada así: Del 1 al 30 de septiembre de 2005, 25.200 (Kpcd) ; Del 1 al 31 octubre 2005, 29.500(Kpcd) , Del 1 de enero al 31 de mayo de 2006.

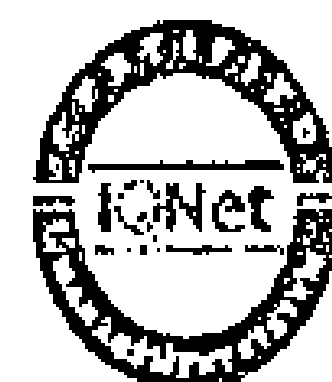
De igual forma, se observa a folios 595 a 597 del expediente Otrosí Nro 2 al Contrato ESTF-13-2004 de fecha 29 de diciembre de 2005, mediante el cual se modificaron las capacidades contratadas en firme en el punto de salida 1, así : del 1 al 30 de septiembre de 2005, 25.200 Kpcd; Del primero de Octubre al 31 de diciembre de 2005, 29.500 Kpcd; Del 1 de enero al 31 de mayo de 2006, 33.500 Kpcd.

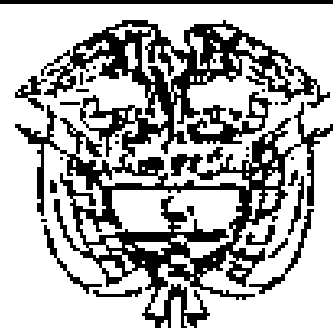
De igual forma, se observa a folios 598 a 603 del plenario Otrosí Nro 3 al Contrato ESTF-13-2004 suscrito el 31 de mayo de 2006, mediante el cual se prorroga el plazo de ejecución del contrato, hasta el día 31 de diciembre 2006 y se modificaron las capacidades mensuales contratadas en firme dentro del periodo junio a diciembre de 2006, en los puntos de salida así : Punto de salida Nro. 1, capacidad mensual de 47,2 MPCD. Punto de salida Nro 2, capacidad mensual de 4 MPCD y Punto de salida Nro 3, capacidad mensual de 40 MPCD.

K) Acuerdo de transporte entre ECOPETROL S.A. y el transportador, de fecha 27 de abril de 2006, visto a folios 604 a 613 de la investigación, el cual adiciona también la capacidad de transporte firme contratada, lo que se denota de la misma lectura de su cláusula primera que describe el objeto contractual, así :

" Primera : En virtud del presente acuerdo las partes definen las condiciones mediante las cuales EL TRANSPORTADOR prestará a ECOPETROL el servicio de transporte en firme hasta 17 MPCD de gas Guajira desde Ballena hasta Barrancabermeja, en los términos y condiciones establecido en el anexo de este acuerdo, bajo las cuales ECOPETROL pondrá a disposición del TRANSPORTADOR, de manera permanente y dese el primero (1) de mayo de 2006 hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2006, una capacidad de compresión de hasta 180 MPCD o un máximo de 7500 KPCH (miles de pies cúbicos hora) en la estación compresora de Cascará,

Carrera 18 No. 84-35 Bogotá D.C.- Colombia
PBX: 6913005
FAX: 6913142
AA 88666
www.superservicios.gov.co





Libertad y Orden

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 18 de 36

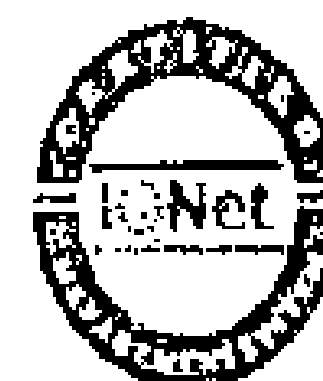
ubicada dentro del Gasoducto Ballena- Barrancabermeja (en adelante el Gasoducto) de propiedad del transportador. " (...)

Por lo expuesto, todas las condiciones contractuales detalladas anteriormente, relativas a la la capacidad de transporte disponible con la que contaba Ecopetrol SA en el tramo Ballena-Barrancabermeja, es la que se mostró en el memorando elaborado por la Dirección Técnica de Gas Combustible, de ésta Superintenedencia y se nuevamente se presenta a continuación.

Tabla 2². Capacidad de transporte en firme contratada por ECOPETROL (MPCD) desde enero de 2005 hasta diciembre de 2006

FECHA	Contrato inicial STF-13 Capacidad Contratada			Otrosí 1	Otrosí 2	Otrosí 3			Acuerdo Transport a	CAPACIDAD DE TRANSPORTE CONTRATADA VIGENTE A LA FECHA			
	Punto 1	Punto 2	Punto 3	Punto 1	Punto 1	Punto 1	Punto 2	Punto 3	Punto 1	Punto 1	Punto 2	Punto 3	Total
31/01/05	92	4	40							92	4	40	136
28/02/05	92	4	40							92	4	40	136
31/03/05	92	4	40							92	4	40	136
30/04/05	92	4	40							92	4	40	136
31/05/05	36	4	40							36	4	40	80
30/06/05	36	4	40							36	4	40	80
31/07/05	36	4	40							36	4	40	80
31/08/05	36	4	40							36	4	40	80
30/09/05	36	4	40	25,2	25,2					61,2	4	40	105,2
31/10/05	36	4	40	29,5	29,5					65,5	4	40	109,5
30/11/05	36	4	40	29,5	29,5					36	4	40	80
31/12/05	36	4	40	29,5	29,5					36	4	40	80
31/01/06	36	4	40	37,5	33,5					69,5	4	40	113,5
28/02/06	36	4	40	37,5	33,5					69,5	4	40	113,5
31/03/06	36	4	40	37,5	33,5					69,5	4	40	113,5
30/04/06	36	4	40	37,5	33,5					69,5	4	40	113,5
31/05/06	36	4	40	37,5	33,5					69,5	4	40	113,5
30/06/06	36	4	40			47,2	4	40	17	64,2	4	40	108,2
31/07/06	36	4	40			47,2	4	40	17	64,2	4	40	108,2
31/08/06	36	4	40			47,2	4	40	17	64,2	4	40	108,2
30/09/06	36	4	40			47,2	4	40	17	64,2	4	40	108,2

² Fuente: Contrato ESTF-13-2004, Otrosí números 1, 2 y 3 y acuerdo de transporte del 27 de abril de 2006.





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 19 de 36

FECHA	Contrato inicial STF-13 Capacidad Contratada			Otrosí 1	Otrosí 2	Otrosí 3			Acuerto Transporte	CAPACIDAD DE TRANSPORTE CONTRATADA VIGENTE A LA FECHA			
	Punto 1	Punto 2	Punto 3	Punto 1	Punto 1	Punto 1	Punto 2	Punto 3	Punto 1	Punto 1	Punto 2	Punto 3	Total
31/10/06	36	4	40			47,2	4	40	17	64,2	4	40	108,2
30/11/06	36	4	40			47,2	4	40	17	64,2	4	40	108,2
31/12/06	36	4	40			47,2	4	40	17	64,2	4	40	108,2

Por lo visto, puede concluirse que realmente la capacidad de transporte en firme contratada por Ecopetrol SA, desde el mes de mayo de 2005 hasta el mes de diciembre de 2006, no sería suficiente para atender la totalidad de los compromisos de suministro de gas en firme adquiridos con los usuarios térmicos del interior del país, con punto de entrega en Barranca.

Al respecto, Ecopetrol SA, en la comunicación con radicado SSPD 20065290339462 del 4 de octubre de 2006³ dirigida al Director Técnico de Gestión de Gas Combustible, manifestó:

" Con relación a los contratos con punto de entrega Barrancabermeja, éstos se pueden ver afectados por la capacidad del gasoducto Ballena-Barrancabermeja, sobre la cual ECOPETROL desde el año pasado ha realizado una solicitud de contratación con ECOGAS, actual transportador de dicho gasoducto, para que éste amplie la capacidad de transporte de 163 MPCD a 262 MPCD. Como resultado de esta solicitud se espera un incremento parcial a 190 MPCD en enero de 2007 y alcanzar la capacidad de 262 MPCD en enero de 2008." (Cursiva fuera del texto)

Sin embargo, la afirmación efectuada por la empresa ECOPETROL S.A., en la comunicación transcrita, no justifica de ninguna manera que con ello efectivamente se hubiera ampliado, la capacidad de transporte en el gasoducto mencionado.

Por lo anotado el suministro contratado por parte de Ecopetrol S.A con los usuarios térmicos mencionados, y la capacidad de transporte disponible de Ecopetrol S.A en el tramo Ballena – Barrancabermeja, no fue suficiente para atender la totalidad de compromisos adquiridos en suministro con punto de entrega en Barranca para el periodo de enero de 2005 a diciembre de 2006, en las diferencias que se han expuesto a lo largo de esta actuación administrativa, así :

TABLA 3⁴. Diferencia entre el suministro contratado en firme con punto de entrega en Barrancabermeja y la capacidad de transporte en firme disponible con punto de salida en Barrancabermeja.

³ Folios 20 a 23 del expediente.

⁴ Fuente: Cálculos SSPD





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 20 de 36

FECHA	SUMINISTRO CONTRATADO (MPCD)	CAPACIDAD DISPONIBLE (MPCD)	DIFERENCIA (MPCD)	DIFERENCIA (%)
31/01/05	132,7	136,0	3,34	3
28/02/05	132,7	136,0	3,34	3
31/03/05	132,7	136,0	3,34	3
30/04/05	132,7	136,0	3,34	3
31/05/05	132,7	80,0	-52,66	-40
30/06/05	132,7	80,0	-52,66	-40
31/07/05	132,7	80,0	-52,66	-40
31/08/05	132,7	80,0	-52,66	-40
30/09/05	132,7	105,2	-27,46	-21
31/10/05	132,7	109,5	-23,16	-17
30/11/05	132,7	80,0	-52,66	-40
31/12/05	132,7	80,0	-52,66	-40
31/01/06	145,8	113,5	-32,32	-22
28/02/06	145,8	113,5	-32,32	-22
31/03/06	145,8	113,5	-32,32	-22
30/04/06	145,8	113,5	-32,32	-22
31/05/06	145,8	113,5	-32,32	-22
30/06/06	145,8	108,2	-37,62	-26
31/07/06	145,8	108,2	-37,62	-26
31/08/06	145,8	108,2	-37,62	-26
30/09/06	145,8	108,2	-37,62	-26
31/10/06	145,8	108,2	-37,62	-26
30/11/06	145,8	108,2	-37,62	-26
31/12/06	145,8	108,2	-37,62	-26

Como se aprecia, para el periodo comprendido entre Mayo de 2005 y Diciembre de 2006, la diferencia entre la capacidad de transporte y el suministro en firme contratado por Ecopetrol SA oscila entre -17% y -40%.

En consecuencia este despacho endilgó , como cargo primero :

“2.1.1. Hecho:

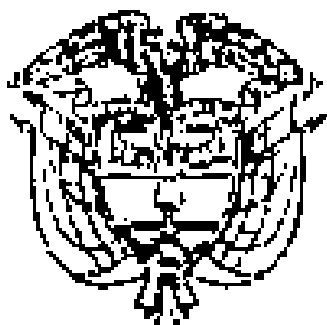
ECOPETROL S.A. *contrató presuntamente suministro de gas en la modalidad pague lo contratado superando la capacidad de transporte que tiene disponible, lo que imposibilita que los compradores tengan a disposición el 100% de la capacidad contratada.” (...)*

No obstante, los hechos determinados en ésta investigación, la apoderada especial de la prestadora, controvierte la decisión de la administración, considerándola violatoria de los principios rectores del derecho bajo los siguientes parámetros:

a. El tema objeto de Debate no tiene como objeto la Irretroactividad de la ley.

La empresa investigada insiste que la presente actuación administrativa debe tener fundamento en la regulación vigente al momento de la celebración de los contratos, objeto de estudio, esto es la Resolución CREG 057 de 1996.

Para el efecto, se considera necesario analizar en que consiste el principio de



Libertad y Orden

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 21 de 36

irretroactividad de la ley.

Sobre el particular, la Corte constitucional entre otros pronunciamientos basó su concepto, a partir de la Sentencia No. C-549/93 expresando lo siguiente:

"3.1 Fundamento de la irretroactividad

El fundamento es la base sobre la cual se asienta o estriba una realidad, y cuando se pregunta cuál es la base que funda la realidad jurídica del principio de irretroactividad, se observa que es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico. Porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

(...) La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común, de manera concurrente. (subrayas fuera del texto)

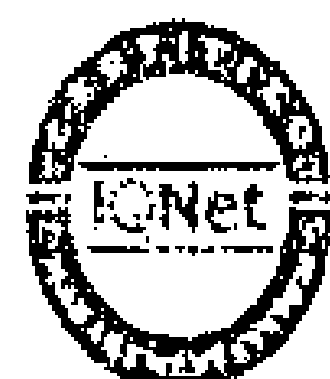
Lo anterior indica que no se trata de un principio absoluto, pues el universo jurídico no admite posiciones de tal carácter, por ser una coordinación de posibilidades racionales. La racionalidad exige, pues, antes que formas únicas e inflexibles, una sana adecuación de la forma jurídica al contenido material que se ha de ordenar.

Es por ello que el principio de irretroactividad no riñe con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, (...)"

Entonces si bien es cierto que el principio general de irretroactividad de la ley, significa que ésta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo y que sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación, tal interpretación no tiene un carácter definitivo dada la necesidad de contextualizar un hecho particular frente al carácter normativo de la ley que se esta aplicando.

En el escenario de los servicios públicos se deben contemplar de manera permanente el interés general, dentro del cual esta claramente la ejecución de los compromisos adquiridos por los comercializadores y transportadores de gas natural.

Así las cosas, la aplicación que en esta investigación se esta exigiendo por parte de Ecopetrol S.A. E.S.P. del artículo 2 de la Resolución CREG 070 de 2006, no es la de una nueva norma que extinga de manera alguna situaciones jurídicas consolidadas, toda vez que la figura contractual relativa al "Take or Pay" proviene de misma obligación que siempre ha permanecido en cabeza del vendedor sobre la disposición de contar con el 100% del gas contratado disponible, para quienes adopten, dentro de su liberalidad negocial, este tipo contractual.





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 22 de 36

Anudado a lo anterior no se discute que la variación de los términos contractuales, procede por acuerdo de las voluntades de los suscriptores, dicha liberalidad esta de manera permanente limitada por las obligaciones legales y regulatorias que se deben atender en el ámbito en el cual se desenvuelve el contrato.

Es así como, la obligación que le asiste a ECOPETROL S.A. de entregar el 100% de la capacidad de gas combustible contratado a sus destinatarios, no es susceptible de ser modificada por un acuerdo entre las partes por ser una imposición de tipo regulatorio.

Y no es que exista un cambio legal que hubiese incidido directamente con el desarrollo de los contratos que se iniciaron en el año 1997, la norma que se esta impetrando como vulnerada, es una consecuencia de la evolución misma de la figura pague lo contratado, que ha venido instituyendo la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- dentro del tema de suministro y transporte de gas natural.

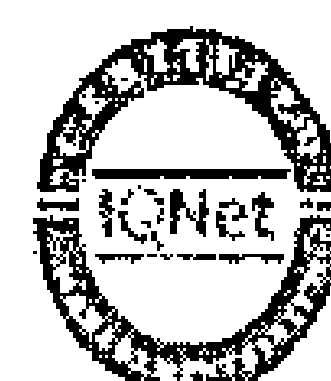
Sobre este punto ha sido persistente la manifestación del regulador en el hecho de exigir a los prestadores que el servicio público, en este caso Gas Natural, tenga la característica de garantía requerida, en la que confluyen varios factores que deben estar en armonía, dentro de la ejecución del servicio.

Para el caso que nos ocupa, indudablemente debe haber sincronía en la capacidad suministrada y la capacidad de transporte del combustible, para entregar la disponibilidad contratada, de no ser así se incumpliría la obligación de firmeza, que desde la suscripción de los contratos querían obtener las partes, dado que al fallar una de estas dos variables, el resultado final, afectaba directamente la garantía en la entrega del suministro al comprador.

Por lo dicho, este Despacho no encuentra que se esté dentro de un contexto de irretroactividad de la ley, por lo que la decisión que se cuestiona no se encuentra fundamentada en parámetros regulatorios sustancialmente diferentes y posteriores a la suscripción de los contratos, ya que fue en la ejecución contractual, que se presentó la desobediencia del mandato normativo, manteniendo la misma vigencia legal de la Resolución CREG 070 de 2006 cuyo contenido, no es otro que el desenvolvimiento que hace el regulador de los tipos contractuales, tal como se detallara en esta pieza administrativa.

La inobservancia de ECOPETROL S.A., está dada en sobrecontratar la capacidad de transporte por el mismo gasoducto, con lo cual no fue posible cumplir con el presupuesto normativo de tener en favor de sus compradores la capacidad de gas contratada, más aun en un negocio jurídico en el que existía indudablemente un compromiso en firme de garantizar, los volúmenes comprometidos.

Por ello, el tema objeto de debate, no puede centrarse en la irretroactividad de la norma vulnerada, ya que la conducta en la que incurrió ECOPETROL S.A., no ha sido permitida,





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 23 de 36

ni desde la vigencia de la Resolución 057 de 1996, ni hasta la aplicación de la Resolución CREG 070 de 2006, por que la obligación impuesta por la Comisión de Regulación de Energía, es solida e inmodificable, disponiendo que si las partes acuden a negociar un contrato de suministro y transporte de gas natural en el contrato pague lo contrato o "take or pay", necesariamente deben contar con la garantía indispensable para su disposición.

Así las cosas, no se puede determinar que existan dos tipos normativos distintos, que puedan ser objeto de enfrentamiento, respecto del hecho y su vigencia, por que el cumplimiento sobre el compromiso de tener la disposición total de la capacidad contratada, siempre ha estado presente en la regulación, a partir de la misma necesidad de firmeza del mercado.

b. La conducta investigada, no es permitida por las Resoluciones CREG 057 de 1996 ni CREG 070 de 2006

Para el despacho, no es objeto de discusión que la Resolución CREG 057 de 1996, desarrolla la libertad de negociación para grandes consumidores y las opciones contractuales que se pueden ofrecer dentro del mercado del Gas Natural.

Sin embargo y contrario a la interpretación que ECOPETROL S.A., da a los artículos 11 y 12 de la Resolución CREG 057 de 1996, la posibilidad de adecuar los contratos no le otorga a las partes la "máxima" libertad para suscribirlos y ejecutarlos.

Es importante señalar las diferencias sustanciales que existe entre los elementos contractuales que pueden ser objeto de acuerdo en los términos redactados en los artículos de la Resolución CREG 057 de 1996 que invoca, la recurrente.

Se denota que la libertad contractual que tienen los grandes consumidores si bien es cierto recae sobre los contratos, del texto no se puede inferir que ello le permita no cumplir con la capacidad que contrató el comprador.

Ahora bien, respecto a la referencia que hace la recurrente al artículo 11 de la Resolución CREG 057 de 1996, es cierto que especifica que el productor, comercializador, transportador o distribuidor puede acordar a su albedrío el precio que pague por el suministro y transporte, cuya claridad blinda cualquier discusión frente al valor del contrato, como elemento del mismo.

Sin embargo, el artículo 12 de la preciada Resolución, no va más allá de permitir la adecuación de los contratos en aras del dinamismo de este mercado, abriendo las posibilidades de contratar a través de varias modalidades, incluso de forma concurrente, incluyendo en el abanico los contratos interrumpibles y los contratos en firme entre otros, para la escogencia de las partes.

La utilización de estas opciones no deben ser contrarias a la ley y a la regulación, esto es





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 24 de 36

que tal apertura no le permite al vendedor incumplir los términos que escogió como figura contractual o que en cualquier estado de la ejecución del negocio jurídico pueda incumplir los términos de la capacidad contratada de suministro – transporte.

Es que la “restricción particular” que la recurrente estima no encontrar en la Resolución CREG 057 de 1996, no se refiere a la libertad contractual de las partes, que de por sí es válida, la restricción esta dada en la medida en que la regulación exige el cumplimiento de tener la disposición del 100% de la capacidad contratada a favor de los compradores.

Así, el incumplimiento en éstos compromisos no esta avalado en ninguna de las figuras que ha presentado el regulador, ni con el contenido de ésta Resolución ni de las Resoluciones subsiguientes aceptando que en la modalidad “*pague lo contratado*” sea permitido superar la capacidad de transporte que se tiene disponible, por cuanto estaría desquebrajando de manera flagrante el derecho adquirido por los compradores a tener a su disposición el 100% de la capacidad contratada, en este caso particular.

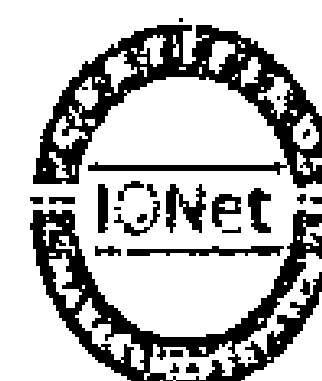
Por todo lo anterior, ECOPETROL S.A se equivoca al afirmar que cuando se celebraron los contratos no existía limitaciones y que los acuerdos válidos entre los agentes debían ser en los términos vigentes de la Resolución CREG 057 de 1997, sobre lo cual se ha advertido que en los contratos existió un incumplimiento que no esta permitido en la regulación y los acuerdos que se están investigando con los agentes, también pueden ser revisados a la luz del artículo 2 de la Resolución CREG 070 de 2006 que extendió el principio de opciones contractuales presentados en el artículo 12 de la Resolución CREG 057 de 1996.

c) La decisión administrativa impugnada no constituye una vía de hecho por defecto orgánico.

La inconformidades de la recurrente se fundamentan además en que, en el año en que iniciaron éstos contratos en estudio, esto 1997, no estaba dentro de la regulación la modalidad “Take Or Pay” y que la Resolución sancionatoria impugnada, obligaría entonces a modificar estos contratos y adoptar la modalidad de pague lo contratado, sin consentimiento de las partes.

Frente a la afirmación referida es necesario manifestar el desacuerdo que se presenta en esta situación dado que, como primera medida la Resolución de multa, no contiene ordenes imperativas dirigidas a modificar el tipo de contratos analizados, por que además el mismo objeto contractual esta dado en los términos de la modalidad “Take Or Pay”.

Y es que con la exigencia que debe requerir ésta autoridad de una norma prevista por el regulador, no se está involucrando un requisito que implique que los contratantes, modifiquen el contenido del negocio jurídico, toda vez que está claro que tal competencia, no es del alcance de la Superintendencia de Servicios Públicos.





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 25 de 36

Incluso las modalidades contractuales están dentro de las permitidas en la dinámica del mercado de compra y venta de Gas Natural. El tema es que con el ejercicio de tales acuerdos, se desconoció el compromiso que recae en ECOPETROL de tener la disposición del 100% de la capacidad contratada, toda vez que el transporte del combustible excedió su capacidad, en su contratación efectiva.

Entonces esta autoridad de ninguna manera se esta atribuyendo funciones exclusivas de la otra jurisdicción, por cuanto, no se está abrogando decisiones que le competen a otra vía judicial para controvertir el contenido contractual.

El contenido de la decisión administrativa se dirige a un desconocimiento normativo que debía ser observado por ECOPETROL S.A ESP. como vendedor de gas natural combustible.

Por lo tanto la presunta " via de hecho " quedaría desestimada .

El resultado de la labor de vigilancia y control, concluye en reprochar el incumplimiento de la modalidad contractual, sobre la cual, como ya se dijo no hay discusión, por ser la misma a la que se ha referido el regulador, incluso desde la Resolución CREG 023 de 2000.

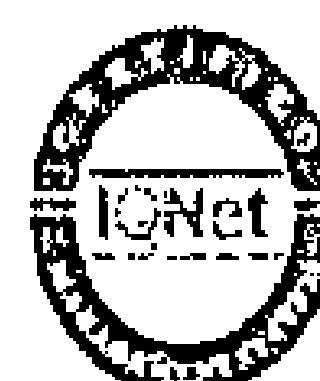
En tal sentido, la defensa de la empresa investigada podría estar dirigida a la obligación contenida en la Resolución CREG 057 de 1997, o frente a la modalidad expuesta en el artículo 2 de la Resolución 070 de 2006 por que la conducta puntual que se desaprueba es que, sí, en uso de la libertad negocial, ECOPETROL S.A ESP se comprometió a tener la disponibilidad del 100% del gas contratado y habiéndolo pagado el comprador, no tenga la manera de cumplir, por sobre contratar su transporte.

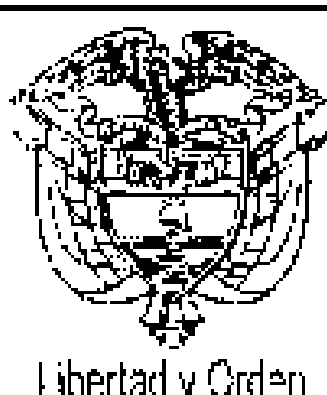
Tal comportamiento no está permitido, en ninguna de las Resoluciones mencionadas, además de que la infracción se estaba cometiendo sucesivamente a la fecha en que se inicia la labor de vigilancia por parte de esta Superintendencia, en vigencia de la Resolución 070 de 2006.

d.) En la actuación administrativa se han observado los principios de contradicción y de defensa.

La empresa, en el recurso que se tramita, afirma que la sanción debe darse dentro del marco regulatorio endilgado en el pliego de cargos y no en la Resolución CREG 057 -96 o Resolución CREG 023-00 y que de fundamentar los cargos en las citadas normas, se estaría coartando su derecho de pronunciarse al respecto.

Al respecto, una vez revisadas las actuaciones este despacho encuentra que le fue permitido a la empresa presentar los alegatos de defensa del asunto, desde el inicio de la actuación administrativa, para que la apoderada pudiera debatir las infracciones





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 26 de 36

endilgadas, aportando o solicitando pruebas que considerara necesarias para su defensa y amparando en todo momento el principio fundamental de contradicción.

Adicionalmente sí se recogen los principios básicos del derecho punitivo que se aplican a la legislación administrativa, no obstante aclarar en este punto las diferencias que se presente entre una y otra :

Sobre el particular este Despacho se detiene a establecer la diferencia entre la jurisdicción penal y las actuaciones administrativas.

Se empezara por aclarar lo referente a la responsabilidad, pues mientras que en las actuaciones penales se habla de una responsabilidad subjetiva, en las actuaciones administrativas se establece lo referente a una responsabilidad plenamente objetiva.

De otra parte en la actuación penal se establece la individualización de un sujeto que cometió una conducta punible o tipificada, en cambio en las actuaciones administrativas se establece es la existencia de una conducta o hecho que da lugar a una intervención administrativa de carácter sancionatorio o fiscalizador.

Así mismo, es pertinente aclarar la naturaleza de los actos emitidos en una y otra actuación ya que en las actuaciones administrativas se ejerce el poder sancionatorio que le asiste a la administración, mientras que en asuntos penales se ejerce el poder punitivo que le asiste al Estado, por lo que en uno y otro la trascendencia e importancia, así como la normatividad aplicable difiere en toda su aplicación.

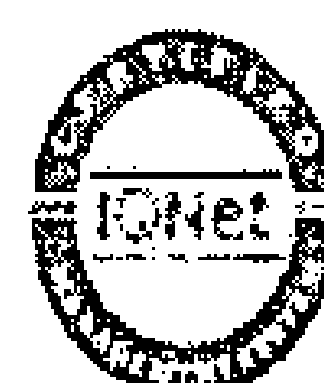
Se coligue de lo anterior que la presente actuación administrativa se encuentra revestida de la legalidad que imprime la observancia de los principios de contradicción y defensa, además de reiterar que la conducta reprochada, se encuentra consignada como una obligación regulatoria, clara e inequívoca .

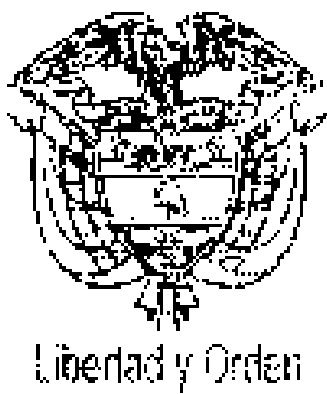
e) La obligación de garantía y compromiso en la disponibilidad de las cantidades contratadas, es permanente a lo largo de las Resoluciones CREG 057 de 1996 , CREG 023 de 2000 y CREG 070 de 2006.

A lo afirmado por la empresa investigada cuando considera que el artículo 2 de la Resolución CREG 070 de 2006 es violatorio de la definición del Contrato " Take Or Pay" que trae la Resolución 023 de 2000, es imperativo revisar el texto mismo de las definiciones.

Como primera medida el artículo 1 de la Resolución 023 de 2000, define :

"Contrato Pague lo Contratado o "Take Or Pay": Tipo de contrato de compraventa o de suministro de gas natural en el cual el comprador o quien percibe el suministro se compromete a pagar un porcentaje, o un volumen, del gas contratado, independientemente de que éste sea consumido o no. Las obligaciones de tomar o pagar el gas por parte del comprador o del beneficiario del





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 27 de 36

suministro, en este tipo de contrato, se liquidarán sobre una base mensual de volúmenes promedios diarios. La disposición sobre el volumen o el porcentaje de gas que se haya comprometido es un derecho del comprador, y el vendedor o el proveedor debe garantizar la entrega de gas hasta por el 100% del volumen contratado. (subrayas fuera del texto)

El precio del gas por todo concepto que se establezca para este tipo de contrato, deberá ser inferior al de un Contrato Pague lo Demandado y relacionado de manera inversa al porcentaje (%), o volumen, de gas que se comprometa, independiente del consumo.

El comprador o el titular de los derechos de suministro en un Contrato Pague lo Contratado, tendrá el derecho a utilizar el gas pagado y no tomado, durante los doce (12) meses siguientes al pago del gas no tomado, en el Punto de Entrega definido contractualmente. Para el efecto, el vendedor o proveedor podrá cubrir la obligación de entrega con gas propio o gas proveniente de terceros, siendo a su cargo el costo del transporte adicional que se requiera. "

Nótese que el volumen de gas contratado en este tipo de contratos debe pagarse se consuma o no, la referencia entonces de " gas contratado " significa disposición de tener el porcentaje de gas acordado, por que resulta indiferente si se consume en su totalidad o no, por que ya se pagó en la cantidad convenida.

Así el artículo 2 de la Resolución CREG 070 de 2006, sin desconocer la esencia del contrato, pague lo contratado, evoluciona el concepto, así:

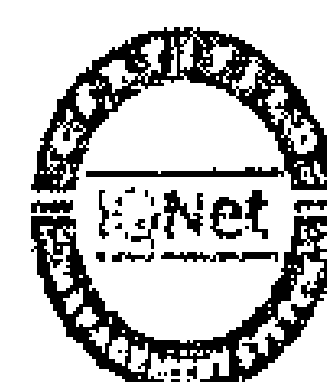
" **ARTÍCULO 2.** Modificar la Definición de Contrato Pague lo Contratado o "Take Or Pay" contenida en el Artículo 1 de la Resolución CREG 023 de 2000, la cual quedará así:

CONTRATO PAGUE LO CONTRATADO O "TAKE OR PAY". Contrato bilateral, escrito y a término, en el cual el comprador se compromete a pagar un porcentaje (% de ToP) del gas contratado, independientemente de que éste sea consumido. El vendedor se compromete a tener a disposición del comprador el 100% de la cantidad contratada.

El precio del gas por todo concepto que se establezca para esta modalidad contractual, deberá estar relacionado de manera inversa al Porcentaje de Take or Pay (% de ToP), o cantidad de gas que se comprometa, independiente del consumo. En esta modalidad contractual se ofrece un Servicio de Suministro en Firme o que Garantiza Firmeza.

El comprador tendrá el derecho a utilizar el gas pagado y no tomado, durante los doce (12) meses siguientes al pago del gas no tomado, en el Punto de Entrega definido contractualmente. Para el efecto, el vendedor podrá cubrir la obligación de entrega con gas propio o con gas proveniente de terceros, asumiendo en todo caso el costo del transporte adicional que se requiera.

Parágrafo 1. Las obligaciones de tomar o pagar el gas por parte del comprador, en un Contrato "Take or Pay", se liquidarán sobre una base mensual de cantidades promedio diarias.





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 28 de 36

Parágrafo 2. En la modalidad contractual Pague lo Contratado o Take or Pay con suministro proveniente de campos cuyo precio en boca de pozo se encuentre regulado, el precio acordado deberá ser menor o igual que el Precio Máximo Regulado de que trata la Resolución CREG 119 de 2005 o aquellas que la sustituyan, modifiquen o aclaren. (Cursiva y negrita fuera del texto)"

En consonancia con lo anterior sería equivocado no considerar que la Resolución CREG 023 de 2000 no sea un antecedente claro de la definición consagrada en la Resolución CREG 070 de 2006, para los contratos "Take Or Pay".

Y no por ello, vía control y vigilancia éste despacho pretende dar una interpretación contractual, por que a esta autoridad no le corresponde, lo que si persigue es que el vendedor cumpla sus compromisos contractuales, de acuerdo a la modalidad que escogió y que la regulación le brindo y por la que el comprador de gas, pagó para tener disponible.

Tampoco le asiste razón a la recurrente cuando expone que esta figura contractual de pague lo contratado se introduce en el año 2000 con la Resolución CREG 023, por cuanto la misma Resolución CREG 057 de 1996 ya previamente sin lugar a dudas, señala las características que rodeaban los contratos en firme, que fueron utilizadas para los contratos de suministro y transporte suscritos con las termoeléctricas, en este asunto.

El mismo artículo 1 de la Resolución CREG 057 de 1996, prevee:

"CONTRATOS FIRMES: Contratos en los que el productor, el comercializador, el distribuidor o el transportador, se compromete a vender o transportar por redes de tubería, según el caso, un volumen máximo garantizado de gas combustible durante un período determinado. En estos contratos se podrán pactar pagos por parte del comprador, independientes del consumo.

Este concepto de "garantía" no es otro que el de comprometerse a tener a disposición del comprador el 100% de cantidad de gas contratada.

Por lo tanto aplicar la regulación en la materia no implica que la empresa desconozca los riesgos que asume con sus operaciones negociables, conociendo las consecuencias de aplicar la figura contractual, incluso desde el año en que iniciaron los contratos que se revisaron en este cuaderno administrativo.

Como queda expuesto, este despacho no tiene reparo en el dinamismo que se encuentra intrínseco en la regulación y que la atención de las obligaciones de los prestadores deben estar coordinadas de manera armoniosa con las situaciones en las que se despliega el mercado, pero la desobediencia en las condiciones de "garantía" y "disposición" del gas vendido es un parámetro fundamental, que para la figura "pague lo contratado" o "Take or Pay", no se torna en un aspecto flexible a la liberalidad contractual.

f.) Sobre la Libertad Contractual

Sobre este aspecto es de anotar que es irrefutable que dentro de los principios básicos





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 29 de 36

con los cuales los contratantes se permiten suscribir condiciones, esta el de la libertad que le asiste para proceder en determinado sentido, por lo tanto esto no es objeto de discusión.

Sin embargo durante esta investigación administrativa se ha venido advirtiendo que no se está reprochado si se excedieron o no las partes en el uso de su libertad contractual, lo que ocupa a este despacho es haber excedido el transporte de gas contratado respecto de la capacidad de entrega a Barranca y este hecho no guarda relación con el arbitrio contractual.

Ahora bien, en este punto el recurrente afirma que se "renegociaron" y se "recompusieron" las condiciones contractuales, sin que la aseveración tenga una explicación con sustento probatorio que se hubiera allegado al cuaderno administrativo, por lo que el análisis sobre el cual se extiende el presente recurso no es diferente al contenido mismo de los contratos efectuados con MERIELECTRICA, EPM, ISAGEN Y CHEC, vigentes para la época de los hechos y que se extienden hasta el año 2012.

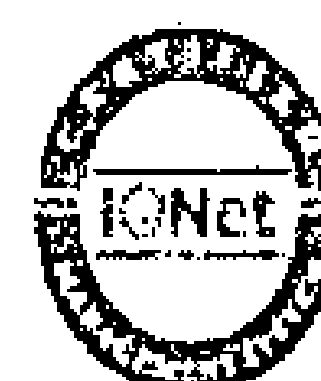
Por otra parte, si bien es cierto que los eventuales incumplimientos en los que puede incurrir alguna de las partes contratantes son indemnizados por la cláusula penal que se prevee en los documentos, el uso de tal alternativa que ademas corresponde a la jurisdicción civil, no es excluyente de la posibilidad que tiene el órgano de vigilancia y control, para investigar la conducta que desembocó en el incumplimiento y en el caso concreto efectivamente ECOPETROL S.A., no atendió el suministro de gas natural excediendo su capacidad a la contratada, por estar íntimamente ligados los contratos de transporte y de suministro, donde la demanda de transporte fue superior a la que efectivamente podía suministrar.

Así, la naturaleza legal de las sanciones son distintas, siendo una en favor del contratante afectado y otra la impuesta por el estado por infringir las condiciones regulatorias en la prestación de algún servicio público.

Y es que la autonomía de la voluntad no permiten inferir que la empresa prestadora tenga la facultad de suministrar menos del 100% de la capacidad contratada, con un contrato en el que garantiza la entrega de una cantidad determinada de MBTU.

En lo relativo a ésta expresión, es de cardinal importancia aclarar que si bien es cierto el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, permite a los sujetos la posibilidad de decir que es lo que más conviene a sus intereses, en desarrollo de su consentimiento, tal expresión de voluntad tiene un limite establecido en la regulación, como se anotó en en la norma violada por ECOPETROL S.A. .

Así, hacer uso del derecho que le asiste a la empresa investigada, para desarrollar las decisiones tomadas y condescender en su práctica, no es una facultad extensiva e ilimitada, ya que debe necesariamente atender una potestad legal, en protección de los usuarios.





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 30 de 36

Ahora bien, si la empresa prestadora pretende acreditar el cumplimiento de la norma endilgada, durante el presente trámite administrativo sus representantes tuvieron la oportunidad procesal y sustancial de explicar a este despacho la manera como cumplió con el compromiso de tener disposición la totalidad del gas contratado con sus agentes.

De igual forma la empresa investigada, también tuvo los medios idóneos para demostrar que los inconvenientes de transporte, presentados en el Gasoducto Ballena – Barrancabermeja, efectivamente se habían podido superar o que los mismos no habían sido óbice para mantener la garantía de poder entregar las capacidades contratadas en su totalidad y a todos los agentes compradores.

g) Impacto sobre el mercado eléctrico.

La empresa investigada se equivoca al estimar que la carga probatoria relativa al impacto de la infracción corresponda a ésta autoridad, cuando la Superintendencia de Servicios Públicos dentro de la practica misma de la vigilancia, requiere al prestador para que rinda las explicaciones sobre un hecho, presuntamente contrario a la ley y a partir de ese momento se le permite a la empresa desvirtuar la presunción y es ésta quien debe proveer los elementos de juicio que soporten su defensa.

Por lo tanto, la naturaleza de la falta y la gravedad de la infracción están dadas en el impacto que generó suscribir contratos en la modalidad "pague lo contratado" superando la capacidad de transporte que tiene disponible, afectando la firmeza y la garantía vendida a los compradores que tenían derecho a exigir la disposición del 100% de la capacidad contratada.

Anudado a lo anterior, no es posible fundamentar la conducta en los criterios de priorización desarrollados en el decreto 880 de 2007, ya que la situación no se desarrolló en circunstancia de insalvable restricción de la oferta de gas natural, grave emergencia, o el racionamiento programado, dado que la figura no fue declarada por el Ministerio de Minas y Energía, ni se agotó el procedimiento que debía ser atendido por el ECOPETROL E.S.P. S.A., en estos eventos.

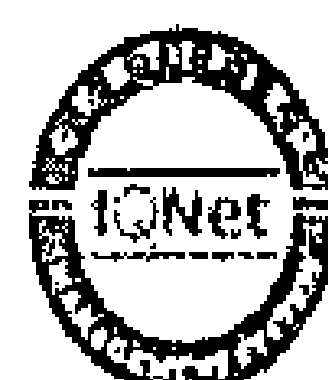
2.1.2. Al cargo segundo :

En lo relativo al segundo cargo por el cual fue sancionada la empresa prestadora es prudente hacer su transcripción en los términos propuesto en el pliego de cargos, así :

"2.2-1. Hecho:

"ECOPETROL S.A. . al asignar gas en los días en los cuales se presentó restricción de la oferta, entre los meses de septiembre de 2006 y marzo de 2007, presuntamente abusó de su posición de dominio al discriminar a algunos de sus consumidores frente a otros que presentaban condiciones análogas."

Para el hecho expuesto, se endilgó como norma vulnerada el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 que reza:





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 31 de 36

"...ARTICULO 50. Abuso de Posición Dominante.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas..." (Cursiva y negrita fuera del texto)

Sobre el particular, la recurrente reprocha el hecho de que el Decreto 2153 de 1992 tiene norma preferente en el artículo 34 de la ley 142 de 1994, incluyendo que la norma que se presenta en la ley de servicios públicos tampoco hace referencia analógica al mencionado Decreto.

Efectivamente el Decreto 2153 de 1992, principalmente reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y dentro del Capítulo V en el cual se dictan disposiciones complementarias, se desarrollan las previsiones normativas relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, determinando el desarrollo de las funciones de esa autoridad, en el artículo 44 así:

"ARTICULO 44. AMBITO FUNCIONAL. La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante."

Nótese como el artículo transcrito se construye a partir de las previsiones que existen sobre la materia contenidas además por la Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

El artículo primero de la ley referida fue modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963 por la cual se toman medidas sobre monopolios y precios, haciendo también expresa la prohibición de prácticas que afectan la libre competencia, estableciendo:

"ARTICULO 1o. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente:> Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos."(subrayas fuera de texto .)

Anudado a la advertencia general, también el Decreto 2153 de 1992, en cumplimiento de las funciones relacionadas con las prácticas comerciales restrictivas, define de manera general los términos que se suceden en el ámbito de competencia restrictiva, en el artículo 45, entre otras, la posición dominante :





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 32 de 36

"ARTICULO 45. DEFINICIONES. Para cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas.
2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.
3. Conducta: Todo acto o acuerdo.
4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.
5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.
6. Producto: Todo bien o servicio." (subrayas fuera de texto)

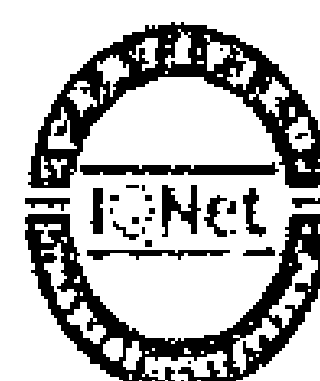
Con lo establecido, este despacho no desconoce que el abuso de posición dominante esta prevista como una practica restrictiva a lo largo de la legislación sobre la materia y por diferentes organismos y en ese sentido también ha sido desarrollado por la enumeración que trae el artículo 133 de la ley 142 de 1994.

Sin embargo no se debe perder de vista el rol que le fue encargado constitucionalmente a esta Superintendencia en términos de inspección, vigilancia y control, dentro del cual debe desarrollar la finalidad social del estado en lo inherente a los servicios públicos, donde el estado se toma garante de su prestación.

En esa medida las empresas prestadoras de servicios públicos están siendo vigiladas y controladas por ésta autoridad por desarrollar ese objeto social, independientemente, si hay control concurrente con otros organismos, también de vigilancia, como lo es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio cada uno desde su competencia.

Así las cosas, la norma que se endilgó como violada, si bien es cierto se encuentra en un Decreto relativo a la reestructuración de la Superintendencia de Industria y Comercio, también desarrolla, como quedó evidenciado, las conductas restrictivas a la competencia, como lo es el hecho que ocupa esta investigación, y por incurrir en ella, una empresa como ECOPETROL S.A. que presta un servicio público la Superintendencia de Servicios Públicos se encuentra legitimada para intervenir con fundamento en ésta.

De igual forma el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, resulta ser específico respecto de las otras previsiones generales con las que se pretender perfilar esta conducta puntual, dado que la asignación desequilibrada de gas combustible en la fecha indicadas, no es otra situación que : *"La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas."*





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 33 de 36

En tal sentido, en aras de ser garantistas en atención al principio del debido proceso el cual debe ser indispensable en toda actuación administrativa, se fundamentó la investigación en esta obligación de haber dado un trato equivalente a los agentes que ostentaban condiciones iguales, por ser la que se adecua de manera precisa y específica para el hecho.

En estos términos la empresa investigada puede desplegar el ejercicio de su defensa acorde con la parametrización indicada en el cargo, dado que como ya se afirmó el tema del abuso endilgado, es amplio y dentro de tal generalidad podría confundirse la conducta que se reprocha, situación que se conjura con el numeral 2 del artículo 50 de Decreto 2153 de 1992

Así, la norma adecuada para castigar la discriminación de consumidores que presentan igualdad de condiciones es el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

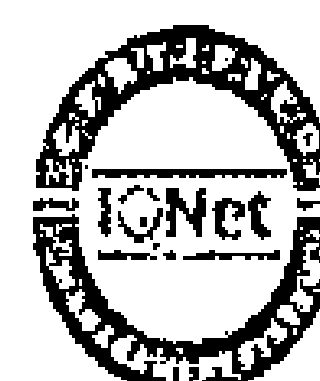
Por lo dicho, la sanción recurrida goza de la legalidad adecuada al ser esta norma y no otra la que debió observar ECOPETROL S.A. E.S.P., para las asignaciones de gas previendo las diferencias entre lo entregado y lo contratado, para los días: septiembre 15 de 2006, octubre 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16 y 17 de 2006, febrero 25, marzo 5, 9, 13 y 20 de 2007.

No obstante la insistencia equivocada de la empresa investigada en basar su comportamiento en los escenarios de insalvables restricciones en la oferta de gas natural o situaciones de grave emergencia no transitorias, tendríamos que las condiciones que trae el decreto 1484 de 2005 no se adecuan al hecho indagado, por cuanto el déficit para atender la totalidad de gas contratado en firme en el punto de Barrancabermeja, sucedió por exceder la cantidad contratada en "take or pay" en esta salida.

Así las cosas, no era necesario fijar un orden de atención prioritaria para garantizar el abastecimiento de sus usuarios regulados conforme lo dispone el Decreto 1484 de 2005, toda vez que la obligación de la empresa vendedora del suministro y transporte de gas era garantizar el abastecimiento de sus usuarios regulados en los términos comprometidos en los contratos dado el giro ordinario de su negocio, por cuanto no estaba determinado por condiciones de insalvables restricciones de la oferta, situaciones de grave emergencia no transitoria, o racionamiento programado.

Por lo tanto, al no existir una limitación técnica que efectivamente implicara un déficit de gas en un punto de entrega, la razón de ser de la asignación desigual de gas natural entre el mes de septiembre de 2006 a marzo de 2007 se presentó por la insuficiencia en transportar la cantidad de gas contratado en el mismo punto de salida, para la misma época a todos los participantes en quienes recaía el mismo derecho de tener a su disposición el 100% del gas que había contratado.

En este sentido, si hay semejanza entre los agentes destinatarios del suministro de gas,





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 34 de 36

por ser todos compradores en la modalidad "Take or pay", todos debían atenderse en la mismas condiciones de tiempo, modo y lugar, sin existir razón válida para cumplir con algunos de ellos e incumplir en la garantía para otros.

Y es que la equivalencia entre los agentes esta dada en la necesidad de continuidad en el servicio para todos ellos y cada agente no se puede satisfacer con menos de la capacidad contratada.

En consecuencia este Despacho no está afirmando de ninguna manera que los criterios establecidos en los decretos que prevé el Ministerio de Minas y Energía sean "injustificados o discriminatorios", contrario *sensu*, el eje central de la sanción refiere a que no se presentaron los antecedentes necesarios que configuraran el plano sobre el cual se adviertan condiciones de insalvables restricciones en la oferta de gas natural o situaciones de grave emergencia no transitorias para que ECOPETROL S.A. se amparara en tal normativa.

De la Motivación de la Decisión Sancionatoria.

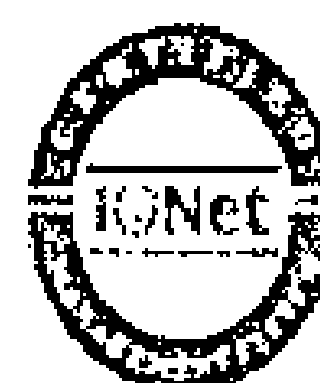
En lo relacionado con la magnitud de la sanción, y la metodología sancionatoria, utilizada en la resolución sancionatoria, el elemento sustancial necesario para su imposición por parte de esta Superintendencia, esta dado en el marco del artículo 81 de la ley 142 de 1994, cuando se presentan violaciones regulatorias de carácter general :

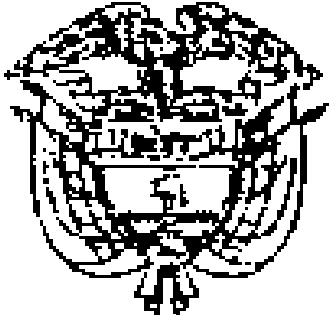
ARTÍCULO 81. SANCIONES. La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:

En este entendido la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios examina la vulneración y determina si existe alguna razón válida que exonere al prestador o por el contrario, si no encuentra algún elemento en ese sentido procede a imponer la sanción que considere adecuada.

Así es como el despacho, encuentra que el desconocimiento por parte de la empresa investigada, en cumplir a cabalidad el compromiso adquirido en un negocio contractual en firme , afecta el mercado dado que coloca a los agentes en una situación de incertidumbre frente a recibir o no la cantidad de combustible contratada, más aún cuando los acuerdos escritos se encuentran revestidos de una modalidad que garantiza la disposición del volumen contratado en su totalidad.

Dicha falta de certeza, afecta el sistema de manera tal que se suceden conductas consecuenciales de los hechos investigados como la de asignar el gas de manera inequitativa, sin justificación legal que lo soporte y por el contrario, usando de manera equivocada el marco de situaciones de insalvable restricción de la oferta, cuando no se dan las variables reales, para que efectivamente la empresa " priorice" las asignaciones en el escenario previsto, para tal efecto.





Libertad y Orden

Superintendencia de Servicios
Públicos Domiciliarios
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



GD-F-017

Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 35 de 36

Así, la sobrecontratación en el servicio de transporte de gas natural, por parte de ECOPETROL S.A., de manera reiterada en el tiempo, a través de adiciones y modificaciones contractuales, finalmente desató secuelas frente a los compradores, quienes no obtuvieron los volúmenes de combustible contratado, sin justificación alguna, dado que como se anoto, no se presentaba el contexto de restricción de la oferta.

Con ello, la empresa investigada incurrió en la discriminación, descrita en el segundo cargo, toda vez que sus consumidores, sí presentaban condiciones análogas y además en todos recaía el derecho a tener la disposición de la totalidad contratada en firme de combustible, independientemente lo que sucediera en sistema de transporte, por que los términos garantizados eran estos y no otros.

En tal sentido este despacho, no puede desconocer que la falta de garantía para entregar con la firmeza necesaria el 100% del combustible contratado a los agentes compradores, afecte de manera paralela o directa al usuario final, quien a su vez potencialmente, podría estar afectado con la incertidumbre en la prestación de un servicio, cuya disposición no esta garantizada.

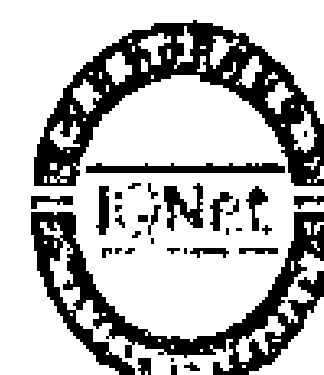
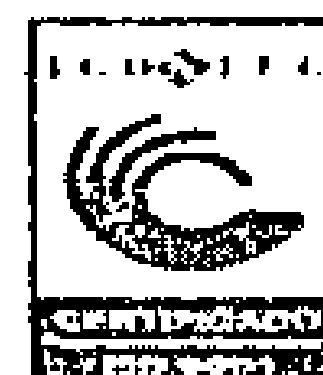
Es de advertir, el valor de la sanción, estimado bajo la metodología que se aplica sin excepción a todas las prestadoras, tiene motivación suficiente en los antecedentes que resultaron probados en el expediente, en las mismas declaraciones hechas por la investigada en concordancia con los factores consagrados por el artículo 81.2 de la Ley 142 de 1994, debido al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y el factor de reincidencia.

En consecuencia, los lineamientos que justifican la sanción varían de acuerdo a los hechos, su gravedad y la naturaleza del infractor, lo cual se traduce en que las expectativas de suministro en el sistema, no ocurren, afectando la dinámica del mercado e incluso trasladando la inestabilidad del mismo al usuario final, incurriendo con este comportamiento en un abuso por parte del prestador de la posición que ostentaba en el contexto desarrollado, sin asidero legal, situación que podía prever dado su amplia experiencia y reconocimiento en el sector.

En tal sentido, la metodología en el calculo de las sanciones o su consecuencia son individuales de acuerdo al contexto de cada investigación, las cuales quedan plenamente justificados en la decisión administrativa.

Por lo tanto la actuación surtida no va en contravía de las previsiones constitucionales que en todo momento resultan preferentes.

Anudado a lo anterior la controversia sobre la motivación de la sanción expuesta por ECOPETROL S.A., no tiene asidero por cuanto los asuntos susceptibles de ser revisados durante el agotamiento de la vía gubernativa son los supuestos objetivos de la conducta investigada y no los parámetros legales que trae consigo la norma, cuyo cumplimiento





Resolución Nro SSPD - 20092400058005 del 2009-12-07
Expediente: 2006240000247E1

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Página 36 de 36

vigila y controla ésta autoridad a la luz de sus facultades delegadas por mandato constitucional.

3 Conclusión

Por lo expresado, este Despacho no comparte los argumentos expuestos por el apoderado general de la empresa **ECOPETROL S.A.**, en consecuencia, confirmará la resolución SSPD – **20092400013815** del **2009-06-01**, además, considera que la sanción respetó todos los lineamientos legales y se justificó con argumentos plenamente comprobables, razón por la cual, no existe mérito para modificarla ni para reconsiderar el monto de ésta.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

Resuelve

Artículo primero: **CONFIRMAR** en su totalidad el contenido de la Resolución número SSPD – **20092400013815** del **2009-06-01**, expedida por este Despacho, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

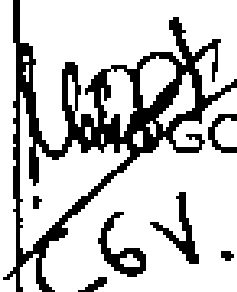
Artículo segundo: Notificar personalmente del contenido de la presente Resolución al doctor **CAROLINA PELÁEZ PELÁEZ**, en su calidad de **APODERADO** de la empresa **ECOPETROL S.A.**, o a quien haga sus veces, en la **CRA 7 No. 37 - 69 PISO 8**, de la ciudad de **BOGOTÁ - D.C.**, entregándole copia y advirtiéndole que contra la misma no procede ningún recurso por encontrarse agotada la vía gubernativa.

Artículo tercero: La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

Notifíquese y cúmplase

Dada en Bogotá D.C.,


Juan Felipe Ospina Urquijo
Superintendente Delegado para Energía y Gas (E)


GONZAL
CGV.

