Bogotá, D. C., 26 de agosto de 2024

**AUTO 0000307 de 2024**

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

**DIRECCIÓN EJECUTIVA**

Asunto: Actuación administrativa con el objeto de decidir la solicitud realizada por la empresa CNE OIL & GAS S.A.S. con fundamento en el numeral 8 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

**CONSIDERA QUE:**

La Ley 142 de 1994, artículo 73.8, asignó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la función de resolver los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. Mediante la Resolución CREG 066 de 1998 la Comisión determinó las reglas aplicables a la resolución de conflictos en virtud de la función mencionada.

Mediante comunicación con Radicado CREG E2024010893, CNE OIL & GAS S.A.S., en adelante CNE, con fundamento en el numeral 8 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, realizó las siguientes solicitudes:

*“I.SOLICITUD   
   
Sin perjuicio de que en el desarrollo de este documento se presentarán en detalle los fundamentos de hecho y de derecho que respaldan esta solicitud, ponemos de presente que la misma se fundamenta en que PROMIGAS, transportador con el que CNE ha suscrito los Contratos de Transporte P-CNE-CF-001-2016 y P-CNE-CF-003-2017 (los “Contratos de Transporte”), ha aplicado de manera indebida el WACC de la Resolución CREG-102-002 de 2023 desde la vigencia del mes de agosto de 2023, en contravención del marco regulatorio dispuesto en las Resoluciones CREG 175 de 2021 y 102 002 de 2023 y, a pesar de que la CREG ya le ha advertido y se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la improcedencia de dicha aplicación, la contravención de la regulación continua por parte de PROMIGAS.*

*Por lo anterior, CNE solicita a la CREG:*

1. *DECLARAR que PROMIGAS, según lo dispuesto por la CREG en las Resoluciones 102-002 de 2023 y 175 de 2021 y sus conceptos y documentos soporte, ha aplicado e interpretado de manera incorrecta dichas resoluciones, incorporando dentro de las tarifas de transporte cobradas por la prestación del servicio un WACC mayor al que regulatoriamente tiene permitido, situación que ha afectado tanto a CNE como a sus clientes, algunos de ellos comercializadores – distribuidores que atienden la Demanda Esencial.*
2. *Como consecuencia de la anterior declaración, DECLARAR que PROMIGAS ha realizado cobros, por concepto de tarifa de transporte, indebidos y en exceso de lo que regulatoriamente tiene permitido al haber aplicado un WACC mayor al que estaba habilitado a aplicar, los cuales deben ser restituidos integralmente a CNE.*
3. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ORDENAR a PROMIGAS a dar aplicación correcta a las Resoluciones CREG 102-002 de 2023 y 175 de 2021, así como sus conceptos y documentos soporte, aplicando en adelante en sus facturas derivadas de los Contrato de Transporte el WACC que regulatoriamente tiene permitido. Esto, es el WACC de 10.94% establecido en la Resolución CREG 4 de 2021, hasta tanto sea expedido el acto administrativo particular que fije las fórmulas tarifarias que puede cobrar PROMIGAS por la prestación del servicio de transporte en la infraestructura por éste operada”.*

Para sustentar esta solicitud la empresa expuso los siguientes antecedentes fácticos y jurídicos:

*“II. HECHOS*

***2.1. Hechos relativos a los Contratos de Transporte y las Reclamaciones de los clientes de CNE***

*2.1.1. CNE es un productor comercializador de Gas Natural en Colombia, titular del Contrato E&P que corresponde al Bloque VIM-5.*

*2.1.2. CNE actualmente transporta parte del Gas Natural producido a través de los Contratos de Transporte suscritos entre CNE, como remitente primario de dichos Contratos y PROMIGAS.*

*Los anteriores Contratos de Transporte se suscribieron en vigencia de la Resolución CREG 114 de 2017 que permitía a los Productores Comercializadores de Gas Natural tener suscritos contratos de transporte para llevar su Gas Natural a distintos puntos del Sistema Nacional Transporte.*

*2.1.3. Por lo anterior, CNE actualmente utiliza la infraestructura de transporte de PROMIGAS para viabilizar la comercialización y entrega de Gas Natural producido, siendo algunas de estas cantidades destinadas a atender la Demanda Regulada y/o Demanda Esencial, de conformidad con las definiciones establecidas en el artículo 2.2.2.1.4 del Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015, así como a termoeléctricas que abastecen el servicio público de energía eléctrica.*

*2.1.4. En el marco de los contratos de suministro de Gas Natural suscritos entre CNE y sus clientes, CNE realiza el recobro de la tarifa de transporte que factura PROMIGAS a CNE.*

*2.1.5. Desde agosto de 2023 inició la controversia objeto de esta solicitud, toda vez que desde esta fecha PROMIGAS procedió a actualizar sus tarifas de transporte con el cálculo del WACC establecido en la Resolución CREG 102-002 de 2023, aplicando un WACC del 11,88% -que es superior al que debió utilizar- sin tener las facultades para ello. Justamente la aplicación de un WACC indebido es la causa de la controversia que debe resolver la CREG.*

*2.1.6. A partir del mes de marzo de 2024, CNE recibió por parte de algunos de sus clientes reclamos a las liquidaciones y facturas del recobro de transporte que factura PROMIGAS a CNE.*

*2.1.7. Entre los clientes que realizaron dichas reclamaciones se encuentran SURTIGAS S.A E.S.P. (****“SURTIGAS”****) y VANTI S.A. E.S.P (****“VANTI”****), siendo uno de los contratos suscritos con SURTIGAS destinado al Mercado Regulado.*

*2.1.8. El 18 de marzo del 2024 CNE recibió de SURTIGAS un reclamo formal a la factura con fundamento en que PROMIGAS estaría cobrando una tarifa de transporte mayor a la que regulatoriamente permitida al haber aplicado la actualización del WACC en su tarifa de transporte sin tener las facultades para ello[[1]](#footnote-2):*

Texto

Descripción generada automáticamente

*2.1.9. Estos mismos argumentos fueron expuestos por VANTI en su respuesta a las liquidaciones de transporte, tal y como consta en el correo recibido el pasado 6 de marzo de 2024[[2]](#footnote-3).*

*2.1.10. Toda vez que CNE no era la competente para responder de fondo las solicitudes presentadas por SURTIGAS, el 22 de marzo del 2024, se procedió a trasladar las peticiones y reclamaciones a PROMIGAS[[3]](#footnote-4). Esto, en razón a que PROMIGAS* ***(i)*** *es la empresa prestadora del servicio público de transporte de Gas Natural;* ***(ii)*** *es quien aplica la metodología para calcular su tarifa de transporte; y, en consecuencia,* ***(iii)*** *era quien se encontraba legitimada para dar respuesta a las respectivas reclamaciones presentadas por los clientes de CNE.*

*2.1.11. De manera paralela al traslado de las reclamaciones de SURTIGAS y VANTI a PROMIGAS, CNE inició una indagación sobre los argumentos expuestos con el fin de determinar si, en efecto, PROMIGAS se encontraba contrariando la regulación aplicable a las tarifas de transporte.*

*2.1.12. Tal y como se explicará a continuación, una vez analizados los conceptos, resoluciones y documentos soporte de las mismas expedidos por la CREG, se evidenció que PROMIGAS, en efecto, está aplicando una tarifa de transporte mayor a la que regulatoriamente tiene permitido.*

***2.2. Hechos relativos a las resoluciones, documentos soporte y conceptos expedidos por la CREG en relación con el WACC***

*2.2.1. El 21 de enero de 2021 fue expedida por la CREG la Resolución 004 de 2021, por medio de la cual se “define el procedimiento para el cálculo de la tasa de descuento* ***aplicable en las metodologías tarifas que expide la CREG****”.*

*2.2.2. De lo anterior, se resalta que la misma CREG se reservó las facultades de aplicación del WACC dentro de sus expedientes tarifarios, por lo que en ningún momento el espíritu de esta resolución era habilitar a los transportadores a realizar automáticamente este recálculo:*

*“Artículo 1. Objeto: La presente resolución tiene como objeto establecer el procedimiento de cálculo de la tasa de descuento o de rentabilidad* ***aplicable en las metodologías tarifarias que expide la CREG para las actividades que regula.”[[4]](#footnote-5)***

*2.2.3. A partir de la nueva metodología calculada en la Resolución 004 de 2021, la CREG en la Resolución 103 de 2021 estableció un nuevo WACC con una tasa aplicable del 10,94%.*

*2.2.4. El 8 de octubre de 2021, se expide la Resolución CREG 175 de 2021 en la cual, entre otras, se establece una actualización de los cargos de transporte, con un ánimo* ***transitorio****, esto es, mientras la CREG determinaba un esquema de cargos que dinamizara el mercado de gas y generara una mayor eficiencia en la prestación del servicio. Esto se puede evidenciar en la parte considerativa de dicha resolución:*

*“(…) Finalmente, la presente metodología, dentro de una visión de largo plazo, es decir, más allá del período tarifario de 5 años al que hace referencia el artículo 126 de la Ley 142 de 1994,* ***adquiere un carácter transitorio****, entendido como la visión que se cuenta de la prestación del servicio al finalizar dicho período tarifario,* ***en el que se ha planteado la importancia y pertinencia de una posible migración hacia un nuevo esquema de cargos****, como por ejemplo “entry-exit”, buscando un carácter neutral en las redes de transporte de gas natural. Esto implica una serie de estudios, análisis y cambios normativos, así como del desarrollo de políticas públicas e instrumentos,* ***los cuales avanzarán en la implementación y desarrollo de dicho esquema, mientras se lleva a cabo la aplicación de la presente metodología.***

*En este sentido, la presente metodología busca llevar a cabo una actualización de los cargos de transporte,* ***con la inclusión de mayores elementos de eficiencia****, tanto dentro de la actividad de transporte de gas natural, así como a lo largo de la cadena de prestación del servicio,* ***sin que la misma restrinja la posibilidad y permita dar inicio al posible tránsito de un nuevo esquema de remuneración y la eventual implementación de un esquema “entry – exit****”. (subrayado y negrilla propios).*

*2.2.5. En esa misma resolución se estableció en el artículo 6 que los transportadores entre ellos PROMIGAS – se encontraban habilitados para realizar* ***por una sola vez*** *un recalculo a sus tarifas, incluyendo dentro de la misma el WACC calculado por la CREG a través de la Resolución CREG 103 de 2021 (i.e 10,94%).*

*2.2.6. Así mismo, en el artículo 6 de dicha resolución se estableció que los transportadores debían aplicar esta metodología de manera mensual:*

*“(…) los agentes transportadores aplicarán los cargos resultantes para el cobro del transporte siguiendo el procedimiento que se describe en los siguientes literales de* ***manera mensual****, y hasta que se actualicen los cargos, acorde con el Artículo 10 y siguientes de aplicación de la presente metodología, y estos se encuentren en firme.*

*Los cargos regulados resultantes de la aplicación de este procedimiento reemplazarán los cargos regulados vigentes definidos con base en la resolución CREG 126 de 2010”. (Subrayado y negrilla propios).*

*2.2.7. Sin embargo, es necesario precisar que, contrario a lo que posteriormente explicaremos que ha argumentado PROMIGAS, el recalculo mensual indicado en esta parte de la resolución no implica que los transportadores pueden recalcular su tarifa de manera mensual, sino que deben seguir el procedimiento mensual que fue establecido en dicha resolución. Situación que incluso ya ha sido aclarada por la CREG a través de diversos conceptos.[[5]](#footnote-6)*

*2.2.8. Posterior a la expedición de la Resolución CREG 175 de 2021, dicha autoridad expidió para comentarios el Proyecto de Resolución 702-001 de 2023, en el cual se modificaba la tasa del WACC toda vez que se cumplían con los preceptos establecidos en la Resolución CREG 103 de 2021.*

*2.2.9. Dentro del término para comentarios del Proyecto de Resolución 702-001 de 2023, PROMIGAS consultó a la CREG si el recalculo del WACC que estaba efectuando la CREG a través de dicha resolución era de automática aplicación para los transportadores, con fundamento en el recálculo mensual establecido en el artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021.*

*2.2.10. Tal y como consta en el Documento CREG 902-002 de 2023, la CREG dio respuesta a PROMIGAS* ***indicándole que el recálculo del WACC que se realizaría a través de esa resolución no tenía aplicación por parte de los transportadores, en cuanto la aplicación del nuevo WACC sería utilizado exclusivamente por la CREG en sus expedientes tarifarios****:*

*“****Comentario de Promigas S.A. E.S.P: (...)*** *que la actualización de las tarifas con la nueva tasa de descuento sea realizada de manera automática por el transportador, de acuerdo con el artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021. Así como el transportador actualizó sus tarifas en septiembre del 2022 con la tasa de descuento vigente y la conversión a pesos, de igual manera se habilita el ajuste de las tarifas con la nueva tasa de descuento.*

***Respuesta****:*

*El ajuste a la Resolución CREG 103 de 2021 afecta a todas las actuaciones particulares que a partir de la firmeza de esa resolución se realicen.*

***Es importante notar que la Resolución CREG 175 de 2021 no tiene ninguna aplicación para repetir la aplicación del artículo 6, en caso de que cambiara el valor de la tasa de descuento.***

***Las actuaciones tarifarias en curso se resolverán con las nuevas tasas de descuento****”.[[6]](#footnote-7) (Subrayado y negrilla propios).*

*2.2.11. Posteriormente, la CREG expidió la Resolución final 102-002 de 2023, cuyo documento soporte es el Documento CREG 902-002 de 2023 mencionada en el numeral anterior. En esta normativa, la CREG calculó como nuevo WACC una tasa del 11.88%.*

*2.2.12. Pese a la posición de la CREG, el pasado agosto de 2023 PROMIGAS procedió a actualizar sus tarifas de transporte con el cálculo del WACC establecido en la Resolución CREG 102002 de 2023, sin tener las facultades o competencia para ello.*

*2.2.13. Resaltamos de este recalculo efectuado por PROMIGAS, que dicho transportador borró de su página web la publicación en la cual informaba al mercado que realizaría la actualización de sus tarifas con fundamento en el recalculo del WACC de la Resolución CREG 102-002 de 2023 a partir del mes de agosto de 2023.*

*2.2.14. A su vez, a partir de ese mes, PROMIGAS ha cobrado a los agentes del mercado de gas con los que tiene suscritos contratos de transporte una tarifa con un WACC del 11,88%.*

*2.2.15. Esta situación ha generado la preocupación de varios agentes del mercado que necesariamente deben hacer uso de la infraestructura de PROMIGAS para viabilizar la comercialización del Gas Natural en la Costa Caribe del país.*

*2.2.16. De hecho, debido a las diversas consultas realizadas a la CREG respecto a la aplicación del WACC por parte de los transportadores en sus cargos tarifarios, la CREG expidió la Circular 011 de 2024 en la cual consolida su posición respecto a este asunto.*

*2.2.17. De la Circular CREG 011 de 2024 es claro que, según el criterio de la CREG, como máxima autoridad regulatoria del mercado de gas en Colombia, la aplicación de la tasa de descuento que actualmente está aplicando PROMIGAS contraría las disposiciones y alcance de las resoluciones CREG 175 de 2021 y 102-002 de 2023.*

*2.2.18. Así, por ejemplo, el Concepto CREG E2023014265, consolidado en la antes mencionada Circular CREG 011 de 2024, permite concluir inequívocamente que:*

*“En línea con lo anteriormente mencionado se* ***ratifica lo expresando en el documento CREG 902 002 de 2023 en cuanto a que la Resolución CREG 175 de 2021 no establece procedimiento alguno para que se actualicen los cargos una vez se realice un ajuste a la tasa de descuento y que la tasa de descuento definida mediante la Resolución CREG 102 002 de 2023 afecta las actuaciones administrativas que se desarrollen con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha resolución.****”[[7]](#footnote-8) (Subrayado y negrilla propios).*

*2.2.19. A su vez, el Concepto CREG S2024001443, consolidado en la antes mencionada Circular CREG 011 de 2024, hizo clara alusión a que la CREG ya le había advertido a PROMIGAS a través del Documento CREG 902-002 de 2023 que no se encontraba facultado para recalcular su tarifa con el WACC determinado en la Resolución CREG 102-002 de 2023:*

*“(…) En atención a lo anterior, en el Documento CREG 902-002 de 2023, el cual contiene los análisis que hizo la CREG para emitir la Resolución CREG 102-002 de 2023, a partir de una petición de uno de los transportadores de gas natural en Colombia (haciendo clara alusión a lo que se respondió a PROMIGAS en dicho documento), la CREG precisó (a partir de una petición de uno de los transportadores, que los efectos del ajuste en el valor de la tasa de descuento solo afectarían las actuaciones particulares que a partir de la firmeza de esa resolución se realizaren[[8]](#footnote-9).” (Subrayado y negrilla propios).*

*2.2.20. Por su parte en el concepto CREG S2024000334, que no se encuentra consolidado en la Circular CREG 011 de 2024, pero que igualmente refiere a la aplicación del WACC por parte de los transportadores, la CREG aclaró el alcance del recálculo mensual al que hace referencia en el artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021:*

*“Conforme al texto transcrito esta Comisión resalta que la aplicación del artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021, en adelante en este escrito denominada “la metodología”* ***solo debió ocurrir una vez****.*

*(…)*

*De conformidad con el texto transcrito, tal como esta comisión indicó en el Documento CREG 902-002 de 2023,* ***el artículo 6 de la metodología no hay una disposición que indique que las empresas deben o debían volver a aplicar las disposiciones del artículo 6****.*

*Ahora bien, la razón por la cual en el mencionado artículo (6 de la Resolución CREG 175 de 2021) se indicó que las empresas aplicarían los cargos resultantes de manera mensual hasta que se actualicen los cargos se* ***refiere a que la metodología tiene en el tiempo varias aplicaciones***

*Teniendo en cuenta lo anterior,* ***esta Comisión resalta que próximamente, cuando ocurra la segunda aplicación de la metodología, los cargos tarifarios de la aplicación del artículo 6 serán modificados por la CREG con resoluciones particulares.****”[[9]](#footnote-10) (Subrayado y negrilla propios).*

*2.2.21. Pese a los múltiples pronunciamientos y advertencias de la CREG, PROMIGAS, como se detallará en el numeral 2.3 siguiente, se ha negado a ajustar su tarifa de transporte atendiendo las disposiciones aplicables y, por el contrario, manifiesta que seguirá cobrando su tarifa aplicando el WACC de la Resolución CREG 102-002 de 2023. Esto, desconociendo los pronunciamientos de la CREG y argumentando que estos no tienen ningún tipo de vinculatoriedad respecto de sus actuaciones, tal como puesto de presente y reiterado por parte de PROMIGAS en respuesta a solicitud realizada sobre el particular por parte de CNE, así:*

*En relación con los conceptos de la CREG E2023014265, CREG S2023003870 y S20240001443, estos últimos divulgados en la Circular 011 citada, nos permitimos resaltar que el artículo 28 del CPACA expresamente señala que las “respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.” Teniendo en cuenta lo anterior, la empresa que represento está dando aplicación a las normas jurídicas vinculantes, de superior jerarquía y vigentes en materia de aplicación de cargos y tasa de descuento, esto es, el artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021 y la Resolución CREG 102 002 de 2023.[[10]](#footnote-11)*

*2.3.* ***Hechos relativos al conflicto derivado de la aplicación del WACC de la Resolución CREG 102-002 de 2023 en los Contratos de Transporte suscritos entre CNE y PROMIGAS***

*2.3.1. El 8 de abril de 2024, PROMIGAS dio respuesta al traslado que hiciera CNE de los reclamos de SURTIGAS, los cuales detallamos en los numerales 2.1.8 y 2.1.9.[[11]](#footnote-12)*

*2.3.2. En dicha comunicación PROMIGAS rechazó los reclamos presentados por SURTIGAS con fundamento en que:*

*“(…) En relación conceptos de la CREG E2023014265, CREG S2023003870 y S20240001443 estos últimos divulgados en la Circular 011 citada, nos permitimos resaltar que el artículo 28 del CPACA expresamente señala que las “respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”*

*Teniendo en cuenta lo anterior, la empresa que represento está dando aplicación a las normas jurídicas vinculantes, de superior jerarquía y vigentes en materia de aplicación de cargos y tasa de descuento, esto es, el artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021 y la Resolución CREG 102 002 de 2023.*

*De esta manera, repetimos, por el mandato expreso contenido en un acto administrativo (Artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021),* ***se le exige a Promigas que, de manera mensual, aplique los cargos resultantes para el cobro del transporte siguiendo mensualmente el procedimiento que se describe en los literales del art 6****, y hasta que se actualicen los cargos, acorde con el Artículo 10 de la citada norma. En aplicación de principios constitucionales de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, Promigas debe aplicar las disposiciones contenidas en actos administrativos y no criterios interpretativos contenidos en conceptos de la autoridad pública. Proceder ordenado por la Constitución Nacional y en las citadas normas de la Resolución CREG 080 de 2019.” (Subrayado y negrilla propios).*

*2.3.3. Ante esta respuesta, CNE procedió a rechazar los argumentos de PROMIGAS mediante comunicación remitida el 11 de abril de 2024, por medio de la cual expuso que su posición contrariaba las disposiciones de la CREG y sus documentos soporte.[[12]](#footnote-13)*

*2.3.4. A su vez, en el marco del procedimiento establecido para los Contratos de Transporte, desde el 12 de abril de 2024 CNE procedió a objetar las liquidaciones y facturaciones de los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2024[[13]](#footnote-14), pues la tarifa cobrada por PROMIGAS incluía el WACC del 11,88% que, como se ha explicado, contraría las disposiciones aplicables de la CREG.*

*2.3.5. Desde el 18 de abril de 2024, PROMIGAS empezó a dar respuesta a las objeciones a las liquidaciones presentadas por CNE[[14]](#footnote-15). En dichas respuestas, PROMIGAS rechazó las objeciones presentadas por CNE y argumentó que PROMIGAS se encontraba actualizando su tarifa con fundamento en la metodología establecida en el tercer párrafo del artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021.*

*2.3.6. De las respuestas a las objeciones se destaca que PROMIGAS dio respuesta extemporánea a la objeción presentada por CNE el 12 de abril de 2024, según el término establecido en los Contratos de Transporte, a la objeción a la liquidación presentada por CNE. Toda vez que PROMIGAS dio respuesta a la objeción de manera posterior al envío de la factura.*

*2.3.7. Desde el 23 de abril de 2024, PROMIGAS empezó a dar respuesta a las objeciones a las facturas presentadas por CNE[[15]](#footnote-16). En dichas respuestas, PROMIGAS negó las objeciones de CNE y argumentó nuevamente que PROMIGAS se encontraba actualizando su tarifa con fundamento en el tercer párrafo del artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021 y que esta misma norma lo habilitaba a recalcular su tarifa de manera mensual.*

*2.3.8. A raíz de las negativas de PROMIGAS, desde el 30 de abril de 2024, CNE presentó recursos de reposición y en subsidio de apelación contra las decisiones de PROMIGAS a las que me referí en el numeral 2.3.7 anterior[[16]](#footnote-17), con fundamento en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994. CNE argumentó que la interpretación que PROMIGAS estaba dando a las resoluciones de la CREG era errónea y que la CREG en diversos pronunciamientos ya había dejado claro que el recálculo del WACC sería realizado por la autoridad en el marco de los expedientes tarifarios y no de manera automática por los transportadores.*

*2.3.9. Desde el 7 de mayo de 2024, PROMIGAS empezó a dar respuesta a los recursos presentados por CNE:* ***(i)*** *afirmando que las decisiones de PROMIGAS no eran susceptibles de los recursos de reposición y apelación -y por ende negándolos- y,* ***(ii)*** *manteniendo su posición, pese a que CNE expuso reiterativamente las razones por las cuales la misma contraviene la regulación vigente y su interpretación por parte de la CREG[[17]](#footnote-18).*

*2.3.10. En el marco de lo establecido en los Contratos de Transporte respecto a la etapa de negociación directa, CNE y PROMIGAS sostuvieron una reunión el pasado 23 de mayo de 2024, en la que las Partes no llegaron a ningún acuerdo, por lo cual dicha etapa se entendió por cerrada a partir de dicha reunión.*

*2.3.11. Pese a todo lo anterior, PROMIGAS insiste en calcular una tarifa que no se ajusta a lo* ***expresamente*** *dispuesto por la CREG en sus resoluciones, documentos soporte y conceptos, argumentando que los documentos soporte y circulares no le son vinculantes y que el artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021 le permitía recalcular su tarifa de manera mensual (aun cuando la CREG ya ha señalado que ambas interpretaciones no se ajustan al espíritu de las resoluciones expedidas por dicha autoridad).*

*2.3.12. A la fecha, CNE ha presentado las siguientes objeciones a las facturaciones realizadas por PROMIGAS con relación a este asunto:*

Tabla

Descripción generada automáticamente

*2.3.13. Sin perjuicio de lo anterior, en la etapa de negociación directa detallada en el numeral 2.3.10 anterior, CNE puso de presente que la controversia también versaba sobre las facturas emitidas por PROMIGAS con anterioridad a marzo de 2024 y hasta agosto de 2023[[18]](#footnote-19), pues fue en dicho mes que PROMIGAS comenzó a aplicar el WACC de la Resolución CREG 102002 de 2023 y realizar un cobro de lo no debido a CNE.*

*2.3.14. Por ello, el total de las objeciones presentadas por CNE se detalla así:*

Tabla

Descripción generada automáticamente

*Por lo anterior, y considerando las funciones y competencias de la CREG establecidas en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, CNE se ve en la necesidad de acudir ante la CREG como autoridad administrativa para resolver el conflicto objeto de análisis*

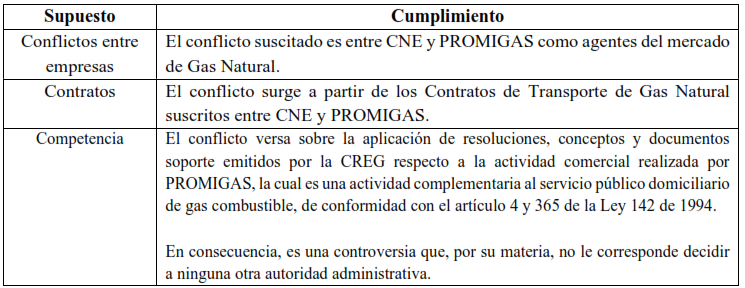
*III. COMPETENCIA DE LA CREG PARA RESOLVER ESTE CONFLICTO*

*CNE solicita que la CREG inicie una actuación administrativa para resolver la controversia detallada en el Capítulo II anterior, con fundamento en lo establecido en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, el cual dispone como función y facultad especial de la CREG la siguiente:*

*“(…) 73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los* ***conflictos*** *que surjan entre empresas, por razón de los* ***contratos*** *o servidumbres que existan entre ellas y que* ***no corresponda decidir a otras autoridades administrativas*** *(…)” (Subrayado y negrilla propios).*

*En desarrollo de la referida disposición, la Resolución CREG 066 de 1998 desarrolla lo referente a las reglas mediante las cuales la CREG tramitará y resolverá las peticiones sobre resolución de conflictos de que trata la Ley 142 de 1994. En el marco de ésta, se establece expresamente que las empresas que sean parte de un conflicto de los previstos en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, podrán, por su propia iniciativa, solicitar mediante una petición en interés particular, que la CREG resuelva dicho conflicto.*

*Como se puede evidenciar de los hechos hasta aquí señalados, se cumplen todos los supuestos de hecho que permiten a la CREG actuar como autoridad administrativa en virtud de sus competencias asignadas por la Ley 142 de 1994 y demás disposiciones reglamentarias, a saber:*



*En efecto, es nuestra consideración que la CREG ha ratificado su competencia para resolver controversias que versan sobre la indebida aplicación del WACC por parte de transportadores en el transcurso de la vigencia del 2024, así:*

Tabla

Descripción generada automáticamente

Tabla

Descripción generada automáticamente

***IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO***

*La presente solicitud se fundamenta en las siguientes normatividades:*

*a) Constitución Política de Colombia, Art. 365*

*b) Ley 142 de 1994, Artículo 73.*

*c) Resoluciones CREG 4 de 2021, 103 de 2021, 175 de 2021, 102 - 002 de 2023 y 080 de 2019.*

*d) Conceptos CREG E2023014265, S2024001443, S2024000334*

*e) Circular CREG 011 de 2024.*

*f) Documento CREG 902-002 de 2023.*

***V. RESPECTO A LA FALTA DE SUSTENTO DE PROMIGAS PARA RECALCULAR SU TARIFA DE TRANSPORTE***

*5.1.* ***Respecto a la aplicación del recálculo mensual establecido en la Resolución CREG 175 de 2021***

*De conformidad con los hechos descritos en la sección II anterior, es posible evidenciar que PROMIGAS ha realizado interpretaciones que no se ajustan a la normativa expedida por la CREG ni a los conceptos de esta misma entidad, con el objetivo de continuar cobrando una tarifa mayor a la que regulatoriamente tiene permitida.*

*PROMIGAS ha manifestado en diversas comunicaciones, según los hechos señalados en el numeral 2.3 anterior, sus argumentos sobre la aplicabilidad unilateral del WACC establecido en la Resolución CREG 102-002 de 2023 en su tarifa, a saber:* ***(i)*** *el párrafo tercero del artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021 le permite, en su criterio, actualizar la tarifa de manera mensual; y* ***(ii)*** *los conceptos de la CREG no le son de obligatorio cumplimiento.*

*Como es de su conocimiento, la CREG, como máxima autoridad regulatoria del mercado de Gas Natural, ya ha analizado de manera específica dichos argumentos y los desestimó.*

*Por una parte, en el Documento CREG 902-002 de 2023 la CREG respondió a la consulta pública realizada por PROMIGAS, sobre la aplicación de una actualización automática de las tarifas con la nueva tasa de descuento por el transportador, de acuerdo con el artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021. Al respecto, la CREG le manifestó lo siguiente:*

*“(…) El ajuste a la Resolución CREG 103 de 2021* ***afecta a todas las actuaciones particulares que a partir de la firmeza de esa resolución se realicen****.*

*Es importante notar que la Resolución CREG 175 de 2021 no tiene ninguna aplicación para repetir la aplicación del artículo 6, en caso de que cambiara el valor de la tasa de descuento.*

*Las actuaciones tarifarias en curso se resolverán con la nueva tasa de descuento”.*

*De esta respuesta es posible extraer que, la CREG desde el principio le advirtió a PROMIGAS que no podía recalcular sus tarifas con el nuevo WACC, en la medida en que lo dispuesto en el artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021 no tiene por objeto facultar a los transportadores para realizar dicha actualización en detrimento de remitentes y demás agentes del mercado. Una interpretación y consecuente aplicación en contrario, como la de PROMIGAS es abiertamente violatoria de la regulación y del régimen de los servicios públicos domiciliarios.*

*A lo anterior se suma que PROMIGAS actúa de mala fe. PROMIGAS insiste y continúa actuando de manera contraria a la manera que la CREG le advirtió que era regulatoriamente la manera acertada una vez entrara en vigor la Resolución CREG 102-002 de 2023 y se ha negado a corregir su actuación pese a ser contraria a la regulación y sin importar las múltiples solicitudes de CNE y sus clientes. Dicha advertencia fue dada por la CREG en respuesta a la pregunta que PROMIGAS le realizó en la fase de comentarios a la hoy Resolución CREG 102-002 de 2023. En efecto la CREG le contestó a PROMIGAS que:*

*Cuando en la aplicación del parágrafo del artículo 4 de la Resolución CREG 004 de 2021 el análisis conduzca a un ajuste en la tasa de descuento, conforme a la Resolución CREG 175 de 2021, los efectos de la nueva tasa se reflejarán en las actuaciones particulares que a posteriori se resuelvan.* ***La metodología de transporte, en ninguno de sus apartes, tiene algún procedimiento que indique que los cargos tarifarios deben recalcularse cuando se cambie la tasa de descuento****. (Subrayado y negrilla propios).*

*Asimismo, es de la mayor relevancia indicar que el Documento CREG 902-002 de 2023 es parte integral[[19]](#footnote-20) de la Resolución CREG 102-002 de 2023. En este marco, y de conformidad con lo señalado en este documento, es evidente que la finalidad de la Resolución CREG 102-002 de 2023 es establecer un nuevo WACC que es aplicable a las situaciones particulares que se desarrollen con posterioridad a su entrada en vigencia, más no a aquellas situaciones que ya están consolidadas y que se rigen bajo un WACC diferente.*

*Por lo anterior, el desconocimiento de lo dispuesto en el Documento CREG 902-002 de 2023 es, a su vez, una violación a lo dispuesto en la Resolución CREG 102-001 de 2023, al ser de obligatorio cumplimiento para los agentes aplicables, en este caso PROMIGAS. Lo que finalmente significa que PROMIGAS realizó un cobro de lo no debido en sus facturas desde agosto de 2023 que decidió utilizar un WACC que no era aplicable.*

*Según las bases y el espíritu de la Resolución CREG 102-002 de 2023, PROMIGAS aplicó un WACC que no era aplicable para las Facturas que fueron objetadas por CNE, toda vez que no tenía permitido actualizar los cargos de las Facturas objetadas. Esta tesis fue aceptada por la CREG mediante los conceptos S20224000334 y S2023003870, por medio de los cuales la CREG da respuesta a una serie de interrogantes sobre la aplicación de la tasa del 11.88%. En particular, la CREG afirma:*

*“En línea con lo anteriormente mencionado se ratifica lo expresando en el documento CREG 902 002 de 2023 en cuanto a que la Resolución CREG 175 de 2021 no establece procedimiento alguno para que se actualicen los cargos una vez se realice un ajuste a la tasa de descuento y que la tasa de descuento definida mediante la Resolución CREG 102 -002 de 2023 afecta las actuaciones administrativas que se desarrollen con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha resolución.”[[20]](#footnote-21)*

*“En atención a lo anterior, en el Documento CREG 902 002 de 2023, el cual contiene los análisis que hizo la CREG para emitir la Resolución CREG 102 002 de 2023, a partir de una petición de uno de los transportadores de gas natural en Colombia, la CREG precisó (a partir de una petición de uno de los transportadores), que los efectos del ajuste en el valor de la tasa de descuento solo afectarían las actuaciones particulares que a partir de la firmeza de esa resolución se realizaren”[[21]](#footnote-22).*

*De los apartes citados, así como de una lectura integral de las normas objeto de análisis, es posible afirmar inequívocamente que el WACC establecido en la Resolución CREG 102 002 de 2023 afecta a las actuaciones administrativas que se desarrollen con posterioridad a la entrada de dicha resolución.*

*Asimismo, también es posible concluir que el artículo 6 de la Resolución 175 de 2021 no permite la actualización unilateral e inmediata del WACC por parte de los transportadores.*

*La CREG ha sido enfática, en consecuencia, en su posición según la cual el recálculo mensual al que hacía referencia el artículo 6 de la CREG 175 de 2021 en ningún momento debía ser entendido por los transportadores como una habilitación para recalcular su tarifa mensualmente y mucho menos como un habilitador para actualizar sus tasas y utilizar una tasa de descuento que no les es aplicable.*

*De hecho, el Concepto S2024000334 es claro en señalar que el recalculo de la tarifa debía aplicarse* ***una sola vez*** *por parte de los transportadores y en ningún caso, el espíritu de dicha norma era habilitar a los transportadores a recalcular su tarifa en múltiples oportunidades y menos por la expedición del WACC:*

*“Conforme al texto transcrito esta Comisión resalta que la aplicación del artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021, en adelante en este escrito denominada “la metodología”* ***solo debió ocurrir una vez****.*

*(…)*

*De conformidad con el texto transcrito, tal como esta comisión indicó en el Documento CREG 902-002 de 2023,* ***el artículo 6 de la metodología no hay una disposición que indique que las empresas deben o debían volver a aplicar las disposiciones del artículo 6.***

*Ahora bien, la razón por la cual en el mencionado artículo (6 de la Resolución CREG 175 de 2021) se indicó que las empresas aplicarían los cargos resultantes de manera mensual hasta que se actualicen los cargos* ***se refiere a que la metodología tiene en el tiempo varias aplicaciones.***

*Teniendo en cuenta lo anterior,* ***esta Comisión resalta que próximamente, cuando ocurra la segunda aplicación de la metodología, los cargos tarifarios de la aplicación del artículo 6 serán modificados por la CREG con resoluciones particulares****”[[22]](#footnote-23).*

*A pesar de los fundamentos expuestos, y aun cuando PROMIGAS tiene conocimiento de los conceptos y pronunciamientos de la CREG, al haber sido remitidos por parte de CNE en el traslado de las reclamaciones y objeciones presentadas por CNE, PROMIGAS pretende desconocer lo establecido en dichas resoluciones, incrementando el valor de su tarifa y lucrándose sin justificación de una interpretación errónea, subjetiva y en todo caso incorrecta y desestimada, de las normas aplicables.*

*5.2.* ***Respecto del pago de lo no debido que CNE hizo a PROMIGAS***

*CNE pagó a PROMIGAS unas sumas que constituyen un pago de lo no debido. El pago de lo no debido se constituye cuando el pago realizado carece de causa legal. Como ya he señalado, PROMIGAS aplicó un WACC del 11,88% que no era aplicable a la tarifa de los contratos suscritos con CNE. El WACC aplicable era del 10,94%. Dicha indebida aplicación derivó en que CNE tuviera que pagar sumas adicionales a lo que legalmente le correspondía pagar en las facturas que pagó PROMIGAS desde agosto de 2023 hasta la fecha. Por lo tanto, el pagó que CNE hizo a PROMIGAS por valor de $15.894.872.646 (valor de referencia puesto que, ante la negativa de PROMIGAS de ajustar su tarifa, este valor se incrementará mes a mes hasta que la CREG ordene lo contrario) configura un pago de lo no debido, de acuerdo a los valores señalados en el numeral 2.3.14.*

*De acuerdo con lo establecido en los artículos 2315 y subsiguientes del Código Civil, PROMIGAS debe devolverle a CNE todos los valores que CNE le pagó y que carecían de fundamento jurídico para ser cobrados a CNE. Frente a esta devolución la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:*

*(…) el pago que recibe el acreedor puede ser conservado para sí por él, únicamente en la medida en que haya tenido por causa una obligación civil o natural, pues careciendo de ese preciso fundamento jurídico deviene inválido - solutio sine causa vel indebiti -, y antes que permitírsele mantener lo pagado,* ***se le impone su devolución****.[[23]](#footnote-24)*

*Por su parte el Consejo de Estado[[24]](#footnote-25) afirmó que:*

*“Conforme a lo anterior, el elemento esencial para que se presente el pago de lo no debido es que dicho pago* ***adolezca de causa legal****. (…)”*

*Es por lo anterior que CNE solicita que PROMIGAS le devuelva las sumas pagadas en exceso. Esto, teniendo en cuenta que la WACC que utilizó PROMIGAS para liquidar las facturas no era el aplicable, según la normativa vigente. Por ende, los pagos que efectuó CNE por concepto de la diferencia entre la tasa aplicable y la tasa errónea que aplicó PROMIGAS carecen de causa legal y deben ser reintegrados.*

***5.3. Respecto del actuar de PROMIGAS en manifiesta violación de las normas de conducta aplicables a los agentes del servicio público de gas combustible conforme a lo dispuesto en la Resolución CREG 080 de 2019.***

*La forma en la cual PROMIGAS ha utilizado una interpretación errónea respecto de la aplicación del WACC de la Resolución CREG 102-001 de 2023, afecta de manera directa al mercado de gas, incrementando sin fundamento la prestación del servicio de transporte de Gas Natural, lo cual implica a su vez una vulneración a lo dispuesto en la Resolución CREG 080 de 2019 respecto a los comportamientos de los agentes del mercado de Gas Natural.*

*El artículo 4 de la Resolución CREG 080 de 2019 señala:*

*“los agentes mencionados en el artículo 2 de esta resolución* ***deben desarrollar sus actividades en cumplimiento de los principios y fines regulatorios establecidos en la constitución política y en la ley****”.*

*Para esto, los agentes deben:*

*(…)*

*4.1. Aplicar la regulación expedida por la CREG de manera diligente y honorable,* ***atendiendo la finalidad para la cual fue expedida y en observancia de los principios generales del régimen de servicios públicos****.*

*4.2.* ***En el entendimiento de la regulación debe primar el fondo sobre la forma, procurando la protección del usuario y el funcionamiento eficiente y transparente del mercado.***

*4.3. Abstenerse de participar en actos, contratos o* ***prácticas que tengan la capacidad, el propósito o el efecto de eludir los fines previstos en la regulación.***

*El artículo 4 de la Resolución 080 de 2019 establece expresamente que los agentes, deben desarrollar sus actividades siguiendo las finalidades propias de la regulación. Por ello, es claro que PROMIGAS, como agente transportador, al realizar una interpretación incorrecta y subjetiva del artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021 a su favor y pretendiendo utilizar el procedimiento mensual de dicha normatividad como una habilitación para recalcular su tarifa de transporte con el WACC establecido en la Resolución CREG 102-002 de 2023, está incurriendo en una violación regulatoria y en un cobro de lo no debido a sus clientes.*

*La interpretación de PROMIGAS, cuyo propósito es incrementar la tarifa de transporte, va en detrimento de los usuarios y el correcto funcionamiento del mercado, siendo un comportamiento contrario a las disposiciones de la Resolución CREG 080 de 2019. Esto, además, porque PROMIGAS está desconociendo abiertamente la verdadera finalidad de la regulación y la propia interpretación de la CREG.*

*A su vez, las actuaciones de PROMIGAS cobijadas bajo su interpretación incorrecta de la regulación tienen como propósito eludir los fines previstos por la CREG en la Resolución 102-002 de 2023, pues dicha resolución tiene como propósito calcular el WACC que únicamente la CREG podría aplicar en los expedientes tarifarios que adelantaría para los transportadores.*

*Ahora bien, el artículo 23 de la Resolución CREG 080 de 2019 incluye la siguiente prohibición general para los agentes del mercado, cuyo alcance dispone que:*

*“(…) los agentes mencionados en el artículo 2 de esta resolución deben desarrollar sus actividades en las que participa con lealtad, idoneidad, profesionalismo, honorabilidad y diligencia,* ***lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que regulan su actividad, sin utilizar mecanismos, estrategias o cualquier otro instrumento que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de distorsionar el funcionamiento eficiente del mercado****”.*

*Como se ha expuesto de manera detallada a lo largo de este documento, PROMIGAS pretende seguir interpretando la regulación incorrectamente y aplicando una tarifa que no se ajusta a lo establecido en la regulación, utilizando como argumento una interpretación subjetiva y errónea del artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021, que en todo caso ya ha sido desestimada por la CREG.*

*Dicha actuación no solo ha afectado a CNE, quien, en virtud de los Contratos de Transporte, está obligado a pagar la tarifa de PROMIGAS, sino a diferentes agentes del mercado y a la demanda del servicio público de Gas Natural, incluyendo a los usuarios finales del Gas Natural, quienes deben pagar tarifas mayores a las que debería estar cobrando PROMIGAS. Lo anterior, en razón a que la actuación de PROMIGAS de seguir calculando su tarifa ha llevado a que diversos agentes del mercado hayan tenido que asumir una tarifa de transporte mayor a la permitida con ocasión de los cobros indebidos que hizo PROMIGAS a CNE.*

*A lo anterior se suma que distintos agentes del mercado han tenido que acudir ante las autoridades correspondientes para revisar si el recálculo del WACC efectuado por PROMIGAS y otros transportadores de Gas Natural se encontraba acorde a las resoluciones y pronunciamientos de la CREG (pese a que dicha entidad ya ha dicho que dicha interpretación es equivocada).*

*En efecto, los comportamientos de PROMIGAS han implicado un incorrecto funcionamiento del mercado, pues el cobro abusivo del WACC señalado en la Resolución 102-002 de 2023 ha derivado en que CNE tenga que responder múltiples reclamaciones de sus clientes, cuando es PROMIGAS quien calcula sus actuales tarifas de transporte.*

*PROMIGAS está ignorando el alcance de las funciones de la CREG para desestimar que sus conceptos y/o documentos soporte le sean vinculantes a sus actividades y así seguir cobrando una tarifa que regulatoriamente no tiene permitida.*

*Finalmente, el artículo 15 de la Resolución CREG 080 de 2019 dispone lo siguiente:*

*“(…) los agentes que se dediquen al desarrollo de la actividad de comercialización de energía eléctrica, comercialización de gas combustible* ***o comercialización de capacidad de transporte de gas combustible, deben actuar de manera que propenda por la satisfacción de las necesidades de los usuarios, de acuerdo con los compromisos y las obligaciones acordadas y las disposiciones legales vigentes****”.*

*Con fundamento en lo anterior, es claro que las actuaciones de PROMIGAS propenden únicamente para la satisfacción propia, dejando de lado su obligación de dar cabal cumplimiento a la regulación vigente, de proteger al usuario final y de actuar con buena fe en sus relaciones contractuales. Esta situación configura, además, una violación más a lo indicado en la Resolución 080 de 2019.*

*Es de especial relevancia señalar que, no solo CNE está siendo afectado con las decisiones de PROMIGAS, sino también los destinatarios finales del Gas Natural en la Costa Caribe, entre los que se encuentra la demanda regulada y/o demanda esencial.*

*En esos casos, el recobro de la tarifa de transporte que realice SURTIGAS o cualquier otro agente que atienda demanda regulada, incrementará el precio del Gas Natural en las mismas proporciones en las que PROMIGAS aumente su tarifa. Lo anterior implica un costo mayor en la prestación del servicio de Gas Natural por razones completamente injustificadas y ajenas a la finalidad de la regulación, no solo para los grandes consumidores o para agentes con mayor poder económico, sino a pequeños consumidores cuya tarifa se estaría viendo incrementada por la actuación abusiva de PROMIGAS.*

*En consecuencia, con base en los hechos y fundamentos descritos en la presente solitud, acudimos a la CREG, como autoridad administrativa, para que se pronuncie sobre el conflicto presentado entre CNE y PROMIGAS, con el fin de honrar el cumplimiento de la regulación y proteger así a los usuarios finales del servicio de Gas Natural que son sujetos de especial protección del régimen de los servicios públicos domiciliarios”.*

Frente a la facultad asignada a esta Comisión en el numeral 8 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 y el desarrollo hecho a través de la Resolución CREG 066 de 1998, esta Comisión ha precisado su alcance y aplicación en diversos pronunciamientos, como el caso de las resoluciones CREG 071 de 2013, 015 de 2014, 071 de 2018 y 134 del mismo año.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional y administrativa en este mismo sentido ha expuesto que:

*“En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación”.*

Teniendo como antecedente este fallo, así como la sentencia C- 955 del 14 de noviembre de 2007, el Honorable Consejo de Estado en su Sección Primera, mediante sentencia del 30 de abril de 2009, al resolver una acción de simple nulidad en contra de un acto administrativo expedido por la Comisión de Regulación de Agua Potable, CRA, analiza el alcance de la atribución regulatoria, en primera medida como mecanismo de intervención en la economía y los instrumentos a través de los cuales ésta se materializa, para lo cual establece que su ejercicio desborda la concepción de la regulación en sentido amplio, es decir, el ejercicio de una atribución netamente normativa, ya que esta **“implica la realización de acciones y adopción de medidas administrativas”** en algunos casos en situaciones particulares. En relación con esto este Alto Tribunal precisa:

*“En ese orden de ideas, la actividad sujeta a regulación reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado mismo en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está involucrado el disfrute efectivo de los derechos fundamentales e individuales y donde se impone la adopción de medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado****. En estas circunstancias, la Intervención del Estado se explica entonces por la necesidad de preservar o restablecer el equilibrio que debe existir entre aquellos actores que abrigan intereses legítimos contrapuestos en un ámbito socioeconómico que es de suyo dinámico v competitivo, de tal suerte que el rol a desempeñar por parte del Estado, debe traducirse básicamente en la orientación de tales actividades hacia los fines de Interés general que han sido señalados por el constituyente y el legislador.***

*Lo anterior permite comprender la razón por la cual el vocablo ‘regulación que como ya se dijo se encuentra estrechamente asociado a la idea de producción normativa, significa también, desde esta otra perspectiva y en forma adicional, (...).*

*Así las cosas, cuando el sector privado asume el papel de prestador de servicios públicos domiciliarios, debe someterse a la regulación estatal, sin perder de vista que el interés general se encuentra estrechamente ligado a la manera como se dé cumplimiento a dicha actividad”[[25]](#footnote-26). (Resaltado fuera de texto)*

En virtud de lo anterior, no todo conflicto que surja entre agentes en relación con los contratos que estos celebren debe ser resuelto en virtud de la artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, en la medida a partir de lo expuesto en la jurisprudencia y su aplicación regulatoria, el ejercicio de esta facultad por parte de esta Comisión ha considerado que los conflictos que se deben resolver en ejercicio de dicha facultad son aquellos que surjan entre empresas por razón de los contratos que puedan generar fallas en el mercado que afecten los fines perseguidos por la regulación, entre los cuales se encuentran promover la competencia, evitar el abuso de la posición dominante, la prestación eficiente del servicio y en general el debido y adecuado funcionamiento del mercado dentro de la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En relación con esto, la misma jurisprudencia administrativa citada expuso:

*“Expresado de otra manera****, no se ajusta a lo mandado en ese precepto superior, el hecho de que se permita, que las fallas del mercado sean resueltas o corregidas por el simple arreglo directo de las partes involucradas en el conflicto. Lo anterior, teniendo en cuenta que la solución de tales conflictos, constituye en sí misma una modalidad de regulación del mercado siendo por el mismo Estado el único llamado a solucionarlos, pues de admitirse la posibilidad de confiar es responsabilidad a los prestadores privados del servicio, el Estado estaría renunciando el papel del árbitro regulador que le es propio****”. (Resaltado fuera de texto)*

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el ejercicio de esta función se deriva de la existencia de un contrato, se considera que estos constituyen un mecanismo jurídico a través del cual quienes se dedican a una actividad económica realizan dicha actividad, así como establecen las disposiciones que los han de regir. Sin embargo, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional “*no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual*”[[26]](#footnote-27).

En este sentido, el ámbito de la autonomía privada de la voluntad, base de los contratos, no es el mismo en todas las actividades económicas, donde para algunas actividades se presenta un mayor grado de intervención, toda vez que allí se pueden presentar fallas o imperfecciones que la ameritan, con el fin de ser corregidas o eliminadas.

Por tanto, existen actividades para las cuales la regulación determina directamente aspectos sustanciales de la relación jurídica o contrato, como sucede por ejemplo en las actividades monopólicas sometidas al régimen de libertad regulada, al involucrase intereses asociados con el interés general, mientras que en otras actividades o en estas mismas, en las que se involucran aspectos sustanciales del contrato que se refieren a intereses particulares, pueden ser determinados por la partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea a través del régimen de libertad vigilada o se permiten definir por las partes, si así lo dispone la regulación.

A partir de lo anteriormente expuesto, se establece que el conflicto que se somete a consideración de la Comisión se presenta en relación con el contenido de los contratos de transporte número No. P-CNE-CF-001-2016 y PCNE-CF-003-2017, donde dicho conflicto implica establecer la tasa de descuento aplicable para los cargos de transporte de estos contratos.

Frente a esto, se debe tener en cuenta que la tasa de descuento en la actividad de transporte de gas natural corresponde a un asunto definido y establecido en la regulación, entre otras, a través de las resoluciones CREG 004 de 2021, 103 de 2021 y 102 002 de 2023, por lo que no corresponde este tema de interés meramente particular o a un asunto que pueda ser definido por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad contractual.

De acuerdo con lo anterior, se considera por parte de la Comisión que este conflicto se ajusta a los elementos expuestos en relación con el alcance de la facultad regulatoria asignada a esta Entidad y los conflictos que pueden ser resueltos por esta Comisión a través de dicha facultad, toda vez que la solicitud se dirige a dilucidar un conflicto que se deriva de la interpretación de la regulación aplicable a un contrato, con lo cual esta Entidad cuenta con competencia para adelantar una actuación administrativa particular a efectos de resolver dicha solicitud.

Finalmente, la Ley 1437 de 2011 establece en su artículo 37 lo siguiente:

*“ARTÍCULO 37. DEBER DE COMUNICAR LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS A TERCEROS. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos”.*

En virtud de esta disposición, de la solicitud remitida por CNE OIL & GAS S.A.S. y sus anexos se dará traslado a la empresa PROMIGAS E.S.P. S.A, en adelante PROMIGAS, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo del presente auto se pronuncie sobre la misma, e igualmente se vinculará al trámite de la actuación para que intervenga con los mismos derechos, deberes y responsabilidades del solicitante.

Imagen de la pantalla de un celular con texto e imagen

Descripción generada automáticamente con confianza mediaImagen de la pantalla de un celular con letras

Descripción generada automáticamente con confianza bajaImagen de la pantalla de un celular con letras

Descripción generada automáticamente con confianza bajaImagen de la pantalla de un celular con letras

Descripción generada automáticamente con confianza bajaSegún lo anterior, la CREG con el propósito de decidir la solicitud, previo el análisis de sus fundamentos de hecho y de derecho y sus consecuencias y, para garantizar el derecho de defensa de los afectados, debe agotar el trámite previsto en los Artículos 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994 y en lo no previsto en ellos, aplicará las normas de la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que sean compatibles.

**RESUELVE:**

**PRIMERO.** Ordénese la formación de un expediente administrativo con el objeto de resolver el conflicto entre la empresa CNE OIL & GAS S.A.S. y PROMIGAS E.S.P. S.A en lo referente a las peticiones formuladas en los numerales 1, 2 y 3 de su solicitud para pronunciarse sobre la correcta aplicación de la regulación en materia de la tasa de descuento dentro de la actividad de transporte de gas natural y establecer la tasa de descuento que aplicable a estos contratos.

En virtud de lo anterior, incorpórese al expediente administrativo de la presente actuación la solicitud hecha por la empresa CNE OIL & GAS S.A.S. y los anexos de la solicitud.

**SEGUNDO.** Conforme ha dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 108 Ley 142 de 1994 y la Resolución número CREG 66 de 1998 vincular a PROMIGAS E.S.P. S.A. dentro del trámite de la presente actuación administrativa, la cual podrá intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada, en este caso CNE OIL & GAS S.A.S.

Para estos efectos, se dará traslado de la solicitud hecha por la empresa CNE OIL & GAS S.A.S. y sus anexos para que se pronuncie sobre la misma, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo del presente auto.

**TERCERO.** Publicar en la página Web de la CREG y en el *Diario Oficial*, el extracto que para los efectos del artículo 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se anexa al presente Auto.

**CUARTO.** Comuníquese a las empresas CNE OIL & GAS S.A.S. y a PROMIGAS E.S.P. S.A. el contenido del presente Auto. Contra el mismo no procede ningún recurso en virtud de lo previsto en los artículos 40, 73 y 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**ANTONIO JIMÉNEZ RIVERA**

Director Ejecutivo

1. Ver Prueba 6.5. [↑](#footnote-ref-2)
2. Ver Prueba 6.6. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ver Prueba 6.9. [↑](#footnote-ref-4)
4. Resolución CREG 004 de 2021, Artículo 1 [↑](#footnote-ref-5)
5. Ver Pruebas 6.7 y 6.8 [↑](#footnote-ref-6)
6. Documento CREG 902-002 de 2023, Pg. 6 [↑](#footnote-ref-7)
7. Circular CREG 011 de 2024, Pg. 8 [↑](#footnote-ref-8)
8. Circular CREG 011 de 2024, Pg. 21 [↑](#footnote-ref-9)
9. Concepto CREG E2023020434 [↑](#footnote-ref-10)
10. Ver Prueba 6.17. [↑](#footnote-ref-11)
11. Ver Prueba 6.10. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ver Prueba 6.11. [↑](#footnote-ref-13)
13. Ver Pruebas 6.12 y 6.13. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ver Prueba 6.14. [↑](#footnote-ref-15)
15. Ver Prueba 6.15. [↑](#footnote-ref-16)
16. Ver Prueba 6.16 [↑](#footnote-ref-17)
17. Ver Prueba 6.17. [↑](#footnote-ref-18)
18. Ver prueba 6.20. [↑](#footnote-ref-19)
19. Concepto CREG S2024000334 [↑](#footnote-ref-20)
20. Concepto CREG S2023003870 [↑](#footnote-ref-21)
21. Concepto CREG S2024000334 [↑](#footnote-ref-22)
22. Concepto CREG S2024000334 [↑](#footnote-ref-23)
23. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de abril de 2003.M.P. Silvio Fernando

    Trejo Bueno. [↑](#footnote-ref-24)
24. Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. C.P. William Giraldo Giraldo. [↑](#footnote-ref-25)
25. *Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera. Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009), Núm. Rad.: 11001 032400020040012301.* [↑](#footnote-ref-26)
26. *Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.* [↑](#footnote-ref-27)