



Comisión de Regulación
de Energía y Gas

Bogotá, D. C.,

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)
RADICADO : S-2009-004410 15/Oct/2009
No. REFERENCIA: E-2009-008040
MEDIO: CORREO No. FOLIOS: 17 ANEXOS: NO
DESTINO MERILECTRICA I.S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P.
Para Respuesta o Adicionales Cite No. de Radicación

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
Gerente Comercial
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P.
Cra. 43A No. 1 A Sur 143 Centro Santillana, Torre Sur, Piso 6
Medellín

Asunto: Su comunicación de agosto 28 de 2009
Radicado CREG E-2009-008040

Respetado doctor Yepes:

De manera atenta damos respuesta a la comunicación del asunto, mediante la cual solicitó concepto sobre nominaciones y renominaciones de suministro y transporte de gas natural en firme, como se indica a continuación (cursiva):

“¿Un Remitente que cuenta con contratos de transporte y suministro de gas en firme, y que requiere incrementar las cantidades nominadas y confirmadas previamente en el ciclo ordinario de nominación de suministro y transporte de gas, tiene derecho a realizar hasta cuatro (4) renominaciones durante el día de gas, con seis (6) horas de antelación al momento en que se requiera el flujo de gas?”

Respuesta:

Para analizar la anterior inquietud se debe considerar que en el Reglamento Único de Transporte –RUT– (Res. CREG 071 de 1999) se establecen, entre otros, los aspectos operacionales sobre nominaciones y renominaciones. En particular, está establecido en cuanto a las renominaciones:

“4.5.1.3 Renominaciones de transporte

El Remitente podrá efectuar, y el CPC respectivo deberá aceptar, por lo menos cuatro (4) renominaciones durante el Día de Gas, siempre y cuando las respectivas solicitudes sean enviadas al menos con seis (6) horas de anticipación al momento en que se requiera la modificación en el flujo de Gas. El CPC podrá negar la aprobación de la renominación si existen limitaciones técnicas o de capacidad demostrables en el Sistema Nacional de Transporte.

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 2/17

(...)

4.5.2.2 Renominaciones de suministro

El Remitente podrá efectuar, y el Productor-Comercializador o Comercializador, según el caso, deberá aceptar, por lo menos cuatro (4) renominaciones durante el Día de Gas, siempre y cuando las respectivas solicitudes sean enviadas al menos con seis (6) horas de anticipación al momento en que se requiera la modificación en el flujo de Gas. El Productor-comercializador o Comercializador podrá negar la aprobación de la renominación si existen limitaciones técnicas o de capacidad en las facilidades de suministro.

De acuerdo con estas disposiciones sobre renominaciones, en términos generales, se concluye que el transportador o el productor-comercializador debe aceptar, por lo menos, cuatro (4) renominaciones durante el día de gas, cuando las respectivas solicitudes son enviadas al menos con seis (6) horas de anticipación al momento en que se requiera la modificación en el flujo de gas. El remitente tiene derecho a exigirle al transportador o al productor-comercializador el cumplimiento de dicho deber.

¿Para dichas renominaciones durante el día de gas, el Productor – Comercializador y el Transportador deberán respetar y cumplir con las cantidades contratadas en firme de suministro y transporte que posee el Remitente?”

Respuesta:

Para dar respuesta a su pregunta consideramos necesario establecer si la firmeza de los contratos de transporte y de suministro de gas depende de las nominaciones, en otras palabras, si las nominaciones o renominaciones son las que dan firmeza al suministro o al transporte de gas firme.

Para empezar, los contratos firmes de suministro o de transporte de gas son una modalidad de contratos distinta y opuesta a los interrumpibles. En tanto que los primeros garantizan el suministro o el transporte sin interrupciones o con algunas interrupciones excepcionales, los segundos constituyen una modalidad no garantizada sino eminentemente interrumpible.

Para establecer el alcance de la firmeza que se contrata mediante contratos firmes se debe determinar el sentido y alcance de las distintas disposiciones jurídicas que regulan los contratos firmes tanto en transporte como en suministro de gas.

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 3/17

- a) De acuerdo con los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", debe ejecutarse de buena fe, y por consiguiente "obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella". (Destacamos).
- b) La Resolución 018 de 1995 definió los contratos firmes, con el siguiente alcance:

Contratos firmes: Contratos en los que el productor, el comercializador, el distribuidor o el transportador, se compromete a vender o transportar, según el caso, un volumen máximo garantizado de gas combustible durante un período de tiempo determinado.

Contratos interrumpibles: Contratos en los que el productor, el comercializador, el distribuidor o el transportador se compromete a vender o transportar, según el caso, un volumen máximo de gas combustible durante un período determinado, pero el vendedor o el transportador se reserva el derecho de interrumpir el servicio dando aviso a la otra parte contratante, de acuerdo con los términos y condiciones del contrato

En este mismo sentido, la Resolución 019 de 1995 definió los contratos firmes de transporte. Y posteriormente, la Resolución CREG 079 de 1995 modificó la definición de Contrato Interrumpible, en los siguientes términos:

Contratos interrumpibles: Contratos en los que el productor, el comercializador, el distribuidor o el transportador se compromete a vender o transportar, según el caso, un volumen máximo de gas combustible durante un período determinado, pero el vendedor o el transportador o ambos se reservan el derecho de interrumpir el servicio dando aviso a la otra parte contratante, de acuerdo con los términos y condiciones del contrato.

Posteriormente, la Resolución CREG 057 de 1996, los definió así:

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.

Contratos interrumpibles: Contratos en los que el productor, el comercializador, el distribuidor o el transportador se compromete a vender o transportar, según el caso, un volumen máximo de gas combustible durante un período determinado, pero el contratante o el contratista o ambos se reservan el derecho de interrumpir el servicio

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 4/17

dando aviso a la otra parte contratante, de acuerdo con los términos y condiciones del contrato.

Como se previó expresamente en el artículo 160 de la Resolución CREG 057 de 1996, esta resolución *"incorpora y sustituye las resoluciones 014, 017, 018, 019, 020, 021, 029, 030, 039, 040, 041, 044, 048, 050, 057, 068 y 079 expedidas en 1995 y las resoluciones 002, 035, 044 y 047 de 1996..."*

De acuerdo con las definiciones contenidas en las resoluciones CREG 018, 019 y 079 de 1995, incorporadas y sustituidas por la resolución CREG 057 de 1996, es claro que mediante los contratos firmes, de suministro o de transporte, el productor o el transportador, según el caso, asumen la obligación de garantizar dichos servicios sin interrupciones y sin excepciones.

Por esta razón, jurídicamente cualquier interrupción que se presente en tales servicios contratados bajo la modalidad firme, constituye incumplimiento de la obligación de garantizar el suministro o el transporte que asumió el productor o el transportador.

De acuerdo con lo anterior se concluye que bajo estas resoluciones, los contratos firmes son negocios jurídicos en los cuales, por la naturaleza misma del contrato, el transportador o el productor que se obliga a transportar o a suministrar un volumen máximo garantizado de gas, asume el riesgo de las interrupciones, sin excepciones.

Los contratos interrumpibles, por el contrario, según las definiciones atrás citadas, son aquellos en los cuales el transportador o el productor pueden interrumpir el transporte o el suministro, respectivamente, con justa causa, esto es, de acuerdo con los términos y condiciones del contrato. Por esta razón, la interrupción con justa causa no constituye incumplimiento para el transportador o el productor y, por tanto, el riesgo de tales interrupciones contractualmente está a cargo del usuario de los servicios contratados bajo la modalidad interrumpible.

- c) Posteriormente, en relación con el transporte firme, en el RUT se definió la capacidad firme de transporte así:

Capacidad firme: Capacidad que de acuerdo con los contratos suscritos no es interrumpible por parte del Transportador, salvo en casos de emergencia o de fuerza mayor". (Destacamos).

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 5/17

Por tanto, entendemos que a partir de la vigencia de la Resolución CREG-071 de 1999, por definición regulatoria, el Contrato Firme de transporte no garantiza firmeza ante eventos de emergencia o de fuerza mayor. Es decir, que a partir de la vigencia de esta Resolución la interrupción del transporte en casos de emergencia o de fuerza mayor no constituye incumplimiento para el transportador y, por tanto, en los contratos firmes de transporte celebrados a partir de la vigencia de esta Resolución el transportador no asume el riesgo de las interrupciones ocasionadas por emergencias o fuerza mayor, salvo que expresamente lo haya asumido de acuerdo con el artículo 1604 del Código Civil.

- d) En cuanto al suministro se refiere, posteriormente, mediante la Resolución CREG 023 de 2000, la Comisión reguló, con sujeción a un precio máximo, las modalidades de contratación Pague lo Demandado y Pague lo Contratado. Como en su momento lo expresó la Comisión, éstas son modalidades contractuales de servicio de suministro de gas con firmeza. Sin embargo, la garantía de firmeza bajo estas modalidades contractuales tiene unas características, que la Comisión ha precisado, reiteradamente, así:

Con relación a la vinculación existente entre las modalidades contractuales de suministro "Pague lo Contratado" y Pague lo Demandado" (sic) y la garantía de firmeza del suministro, me permito manifestarle lo siguiente:

- Las modalidades contractuales "Pague lo Contratado" y "Pague lo Demandado" corresponden a dos esquemas financieros y comerciales de retribución al Productor-Comercializador por el suministro de gas natural.
- La existencia de reservas y la factibilidad técnica del suministro, y no la modalidad contractual, son las dos condiciones técnicas necesarias para asegurar el abastecimiento de una Demanda Identificada, es decir para garantizar la firmeza en un suministro.
- (...)
- En consecuencia, **la garantía de firmeza no depende del tipo de contrato de suministro utilizado por los Agentes**, bien sea que se trate de un contrato tipo Take an Pay o de un Contrato del tipo Take or Pay. **Como se mencionó anteriormente, la garantía de firmeza depende de la existencia de reservas y de la factibilidad técnica del suministro**¹. (Destacamos).

Debe tenerse en cuenta que la definición regulatoria de Pague lo Demandado que condicionaba la garantía de firmeza referida en el

¹ Concepto MMECREG-1698 de 2000, dirigido a ACOLGEN, reiterado entre otros en MMECREG-3696 de 2001.

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 6/17

concepto citado, así como la de Demandada Identificada, fueron derogadas expresamente por el artículo 7 de la Resolución CREG 070 de 2006. Y que, en relación con el Contrato Pague lo Contratado, según el artículo 3 de esta última Resolución, ahora es un tipo de Contrato en Firme.

De acuerdo con lo anterior, las modalidades contractuales reguladas originalmente por la Resolución CREG 023 de 2000 también garantizan firmeza, pero dicha firmeza no depende de estas modalidades contractuales, sino de la existencia de reservas y de la factibilidad técnica del suministro, lo que, en síntesis, implica que si existen reservas y factibilidad técnica del suministro, el transportador o el productor deben garantizar las cantidades de gas contratadas en los contratos Pague lo Demandado y Pague lo Contratado.

En adición, debe tenerse en cuenta que los Contratos Firmes se diferencian de las modalidades Pague lo Demandado y Pague lo Contratado, en particular, porque éstos son principalmente esquemas financieros y comerciales de retribución al Productor-Comercializador por el suministro de gas natural, mientras que los Contratos Firmes son una modalidad contractual cuyo objeto principal es la garantía del suministro por parte del transportador o del productor y, por ende, la asignación de los riesgos por la interrupción del servicio a estos agentes.

Por lo anterior se concluye que los Contratos Firmes y los Contratos Pague lo Demandado y Pague lo Contratado no son excluyentes, razón por la que bajo la vigencia de la Resolución CREG 023 de 2000, como fue expedida inicialmente, era posible celebrar Contratos Firmes bajo la modalidad Pague lo Demandado o Pague lo Contratado.

Por las razones anteriores entendemos que se debe distinguir si los contratos Pague lo Demandado o Pague lo Contratado se celebraron atendiendo simplemente estas modalidades o si además se celebraron pactando expresamente la garantía de firmeza.

En el primer caso, entendemos que la garantía de firmeza está condicionada a la existencia de reservas y factibilidad técnica del suministro, como lo ha reiterado la Comisión, en los conceptos atrás citados.

En el segundo caso, esto es, si los contratos Pague lo Demandado o Pague lo Contratado además se celebraron pactando expresamente la

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 7/17

garantía de firmeza, son Contratos Firmes, en los cuales la garantía de firmeza ya no depende de la existencia de reservas y factibilidad técnica del suministro, sino del objeto mismo del contrato, en cuyo caso el transportador o el productor deben garantizar la firmeza que se obligaron a cumplir en el contrato, con independencia de las reservas y factibilidad técnica del suministro.

Se reitera que la Resolución CREG 070 de 2006 derogó la definición de Contrato Pague lo Demandado prevista en la resolución CREG-023 de 2000 y que a partir de dicha Resolución 070, el contrato Pague lo Contratado es un Contrato Firme.

e) Posteriormente, el Gobierno Nacional al fijar el orden de atención prioritaria cuando se presenten insalvables restricciones en la oferta de gas natural o situaciones de grave emergencia, no transitorias, que impidan garantizar un mínimo de abastecimiento de la demanda, también definió el Contrato Firme.

Inicialmente, mediante el Decreto 1515 de 2002 definió el Contrato que garantiza firmeza, así:

Contratos que Garantizan Firmeza: Contratos en los que el Productor-Comercializador, el Comercializador, el Distribuidor-Comercializador o el Transportador garantiza el suministro o transporte por redes de tubería según el caso, de un volumen máximo de gas natural durante un período determinado, excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas. Los contratos no escritos pueden garantizar firmeza.

Es claro que los contratos firmes celebrados bajo el régimen de este Decreto, por la naturaleza misma que le atribuye esta norma a tales contratos, no garantizan firmeza única y exclusivamente en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas.

Además este Decreto definió los contratos con firmeza parcial, los que no garantizan firmeza y los mixtos o que garantizan firmeza en unas cantidades y en otras no.

El Decreto 1515 de 2002 fue derogado expresamente por el Decreto 1484 de 2005, que reguló la misma materia y mantuvo como únicas excepciones a la firmeza del transporte y del suministro contratado, los días establecidos para mantenimiento y labores programadas.

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 8/17

Actualmente, el Decreto 880 de 2007, que derogó el Decreto 1484 de 2005, definió los contratos firmes y los interrumpibles en los siguientes términos:

Contrato Firme o que Garantiza Firmeza: Contrato escrito en el que un Agente garantiza el servicio de suministro de un volumen máximo de gas natural y/o de capacidad máxima de transporte, sin interrupciones, durante un período determinado, excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas.

Contrato Interrumpible o que no Garantiza Firmeza: Contrato escrito en el que un Agente no asume compromiso de continuidad del servicio de suministro de un volumen máximo de gas natural y/o de capacidad máxima de transporte de gas natural. Este servicio puede ser interrumpido por cualquiera de las partes, en los términos definidos en el contrato.

Igualmente, el Decreto 880 de 2007 mantuvo como únicas excepciones a la firmeza del transporte y del suministro contratado, los días establecidos para mantenimiento y labores programadas.

- f) En la Resolución CREG 070 de 2006, por la cual se derogan algunas disposiciones de la Resolución CREG 023 de 2000 y se dictan otras disposiciones para la contratación de suministro, se estableció lo siguiente:

"Servicio de Suministro en Firme o que Garantiza Firmeza: Servicio de suministro de gas en el que un Agente garantiza mediante un contrato escrito el suministro de un volumen máximo de gas natural sin interrupciones durante un período determinado, excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas". (Destacamos).

"ARTÍCULO 6. CONTRATACIÓN DE SUMINISTRO EN FIRME. Los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme, deberán ser respaldados físicamente. Este respaldo implica que el vendedor en la fecha de la suscripción del contrato deberá disponer de las reservas y la capacidad de producción suficientes para cumplir el contrato, e identificar el campo de donde proviene el gas, de tal manera que las cantidades contratadas puedan ser exigibles en cualquier momento".

- g) En la Resolución CREG 114 de 2006, por la cual se emiten disposiciones complementarias a la Resolución CREG 070 de 2006, se estableció lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. Desde la vigencia de la presente Resolución hasta que la capacidad de producción sea suficiente para respaldar físicamente la totalidad de

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 9/17

los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme, no será necesario disponer del respaldo físico establecido en el Artículo 6 de la Resolución CREG 070 de 2006 o aquellas que lo sustituyan, modifiquen o complementen, siempre y cuando los contratos que se suscriban tengan por objeto la atención de usuarios regulados”.

- h) Las anteriores disposiciones definen la firmeza, tanto en transporte como en suministro, cuando se pactan Contratos en Firme. En particular, se destaca de dichas disposiciones lo siguiente:
- i) el Contrato en Firme o que garantiza firmeza es una modalidad contractual en la cual la firmeza hace parte del objeto del contrato y se constituye en la obligación principal que asume el productor comercializador, por el solo hecho de haber celebrado el contrato, y que no depende directamente, dicha firmeza, de aspectos técnicos como las reservas, la factibilidad técnica del suministro, el respaldo físico, ni de aspectos operativos como las nominaciones o renominaciones.

Dicho atributo de firmeza en el suministro con independencia de aspectos técnicos y operativos, que es de la esencia del contrato en Contrato en Firme o que garantiza firmeza o el Servicio de Suministro en Firme o que garantiza firmeza, distingue diametralmente esta modalidad de contratación en firme aquí estudiada, de la garantía de firmeza que se atribuía a los contratos Pague lo Demandado y Pague lo Contratado regulados en la resolución CREG 023 de 2000, los cuales, si bien garantizaban firmeza, ésta no emanaba directamente del objeto del contrato, sino que dependía fundamentalmente de la existencia de reservas y de la factibilidad técnica del suministro.

Ahora bien, el artículo 6 de la Resolución CREG 070 de 2006 exige que la contratación del suministro en firme se respalde físicamente. Sin embargo, como lo ha precisado la Comisión, en pleno, la firmeza del suministro en el contrato en firme ahora sí depende directamente del tipo de contrato celebrado y su cumplimiento se debe garantizar con el respaldo físico. Este respaldo constituye una especie de “garantía” que busca asegurar adecuadamente el cumplimiento del contrato, pero la exigencia de dicho respaldo físico no es lo que le da existencia ni eficacia jurídica al contrato ni a la firmeza que se contrata.

Expresamente, así lo dejó expuesto en la Resolución CREG 055 de 2007:

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 10/17

Según el artículo 1602 del Código Civil **“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.** (Se destaca).

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que lo que en estricto sentido esta norma hace es atribuir una cualidad jurídica a cualquier contrato legalmente celebrado: la de ser ley para las partes. Se observa que el principio señalado se predica de cualquier contrato legalmente celebrado, y no solamente de los celebrados con respaldo físico. Y, a contrario sensu, un contrato legalmente celebrado no deja de ser ley para las partes por el hecho de que se celebre sin respaldo físico.

En otras palabras, el respaldo físico destinado a garantizar el cumplimiento del contrato consiste precisamente en eso, una especie de “garantía” que busca asegurar adecuadamente el cumplimiento del contrato, **pero la exigencia de dicho respaldo no es la que hace que el contrato sea ley para las partes, ni su ausencia le quita al contrato el carácter de ley para los contratantes.** [Agregamos este destacado].

(...)

Por otra parte, **el respaldo físico tampoco es un elemento determinante de la eficacia del contrato. El contrato es eficaz por el solo hecho de haber nacido a la vida jurídica con el lleno de las condiciones de validez, con independencia de que esté respaldado físicamente o garantizado su cumplimiento.** [Agregamos este destacado].

Ahora bien, resulta incorrecto a todas luces, pretender que la posibilidad de celebrar contrato de suministro en firme de gas sin respaldo físico, prevista en la resolución impugnada, haya exonerado de responsabilidad al proveedor del gas, porque es claro que la responsabilidad civil no nace por el hecho de que el contrato haya tenido o no respaldo físico, sino simplemente por el hecho del incumplimiento del deudor.

Confunden en este punto las impugnantes las condiciones para la celebración del contrato, con los efectos que se deducen del mismo una vez celebrado. **En efecto, jurídicamente no es posible deducir que porque un contrato de suministro se celebre sin respaldo físico, el mismo no obligue o su cumplimiento, no genere responsabilidad para los contratantes (...).** [Agregamos este destacado].

No dejan dudas las anteriores consideraciones de la Comisión, en el sentido de que la firmeza del contrato depende directamente del tipo de contrato celebrado y de que el Contrato en Firme o que garantiza firmeza exista jurídicamente, porque, como ya se dijo, dicha firmeza es precisamente el objeto del contrato y no depende entonces de que quien asumió la obligación de firmeza haya cumplido o no el deber jurídico de celebrarlo con el respectivo respaldo físico.

Éste último es un requisito que busca asegurar el cumplimiento del contrato, cuya inobservancia puede generar la aplicación de sanciones por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos, y responsabilidad civil contractual para el productor, esto es, la reparación de daños causados por

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 11/17

el incumplimiento, pero que no afecta jurídicamente la existencia del Contrato en Firme ni la exigibilidad de la obligación, esto es, la aptitud de la obligación para ser exigible o para exigir su cumplimiento.

Si, como lo concluyó la Comisión, la firmeza del suministro contratada bajo esta nueva modalidad contractual ni siquiera está condicionada a que efectivamente se haya cumplido el deber de respaldo físico que exige la regulación al momento de contratar el servicio de suministro en firme, con mayor razón, no puede aceptarse que la firmeza contratada dependa de otros requisitos o elementos que no se exigen jurídicamente para la existencia y eficacia del contrato, como lo serían las condiciones operativas de nominaciones y renominaciones.

- ii) según el artículo 1 de la Resolución CREG 114 de 2006, hasta que la capacidad de producción sea suficiente para respaldar físicamente la totalidad de los contratos en firme, no será necesario disponer del respaldo físico para los nuevos contratos que tengan por objeto la atención de usuarios regulados.

Nótese que la excepción en el respaldo físico, tal como se indica en el documento CREG 114 de 2006, aplica únicamente a los nuevos contratos, que se pacten a partir de la vigencia de la Resolución CREG 114 de 2006, para atender usuarios regulados. Es decir, en la contratación de suministro de gas para usuarios no regulados se mantiene la exigencia del respaldo físico a través de reservas y capacidad de producción.

En el documento CREG 114 de 2006 también se indica que las disposiciones de la Resolución CREG 114 de 2006 no afectan los compromisos existentes entre compradores y vendedores ya que se mantiene vigente la obligación (que viene desde la Resolución CREG 023 de 2000) de garantizar la entrega en aquellos contratos que han pactado servicios de suministro en firme.

- iii) el concepto de firmeza en el suministro o en el transporte de gas no se condiciona a aspectos operacionales tales como la nominación o la renominación.
- iv) las nominaciones y renominaciones consisten específicamente en la exigencia que le hace el remitente al productor y al transportador para que

Doctor

MAURICIO YEPES ISAZA

MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 12/17

le cumplan o paguen la obligación de transporte firme o de suministro firme de una determinada cantidad de gas que éstos asumieron y no una condición que le da firmeza al transporte o al suministro. En otras palabras, las nominaciones y renominaciones no son otra cosa que la forma como el remitente le exige al transportador o al productor que le cumpla la obligación nacida del contrato celebrado.

Jurídicamente, cuando un remitente está nominando o remoninando el transporte o suministro de una cantidad de gas que tiene contratada en firme, no está solicitando la contratación del servicio ni está cumpliendo un requisito del cual dependa el nacimiento de la obligación de firmeza, sino que está ejerciendo el derecho que le nació del contrato ya celebrado, a exigir al transportador o al productor que le cumplan la obligación que éstos asumieron desde el momento en que el contrato se celebró.

Es que la obligación de firmeza en el transporte o en el suministro nace del hecho jurídico de haber celebrado el respectivo Contrato en Firme y no del hecho de que el remitente nomine o renomine las cantidades de gas. Por tanto, cuando el transportador o el productor que celebró este tipo de Contratos Firmes le niega al remitente las cantidades nominadas o renominadas le está negando el servicio que contrató, razón por la cual en ese caso dicho agente no está decidiendo si se obliga o no a suministrar la firmeza, sino que jurídicamente no está cumpliendo la obligación que contrajo en el contrato que ya celebró.

- v) Por otra parte, debe tenerse en cuenta que si bien han existido distintas normas que regulan el alcance del contrato de firmeza, algunas de las cuales fueron sustituidas o derogadas, el artículo 38 de la ley 153 de 1887 establece que *“en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*, salvo las excepciones expresamente previstas en dicha norma. Por estas razones entendemos que el alcance de la firmeza contratada debe determinarse en cada caso de acuerdo con las normas vigentes al momento de celebrar el contrato, que definían el alcance del mismo, pues por tratarse de normas que regularon la naturaleza del contrato, se entienden incorporadas en tales contratos.

Y de acuerdo con la normatividad atrás citada, entendemos que hay contratos firmes de transporte y de suministro, en los que quedaron incorporadas las resoluciones 018, 019 y 079 de 1995 y 057 de 1996, por estar vigentes al momento de celebrarlos, para los cuales la regulación no

DoctorMAURICIO YEPES ISAZAMERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 13/17

preveía excepción alguna a la firmeza contratada bajo esta modalidad; hay contratos de transporte firmes en los que quedó incorporada la Resolución CREG-071 de 1999 que preveía como única excepción a la firmeza los casos de emergencia o de fuerza mayor; y existen otros contratos firmes de suministro y transporte de gas que llevan incorporados los Decretos del Gobierno Nacional que prevén como única excepción a la firmeza contratada "los días establecidos para mantenimiento y labores programadas".

De lo anteriormente expuesto se concluye que jurídicamente en los contratos firmes de suministro y de transporte de gas la firmeza no depende de la nominación o renominación y que, por tanto, el remitente tiene el derecho exigir las cantidades de gas contratadas en firme en cualquier momento, lo cual también incluye el momento de la renominación.

"¿Cumpliendo con los tiempos establecidos (seis horas de antelación), el Productor - Comercializador y el Transportador únicamente podrán negar la aprobación de las renominaciones, sí y sólo sí, existen limitaciones técnicas o de capacidad en las facilidades de suministro o en el Sistema Nacional de Transporte?"

Respuesta:

Como ya expusimos, la firmeza en la entrada de una cantidad de gas es una obligación que asume el transportador o el productor desde el momento en que nace del Contrato Firme de transporte o de suministro que celebra, mientras que la nominación o renominación es la forma como operativamente el remitente que contrató el servicio exige de estos el cumplimiento de la mencionada obligación, de tal manera que la aceptación o negación de la nominación o renominación no afectan el alcance de la firmeza pactada.

Por tal razón, entendemos que no pueden confundirse las excepciones al cumplimiento de la obligación de la firmeza contraída por el transportador o el productor en los contratos firmes de transporte o de suministro, previstas en la normatividad que regula estos contratos, con las causales que permiten a estos agentes, por razones operativas, como las limitaciones técnicas o de capacidad en la infraestructura de transporte o de suministro, respectivamente, negar la nominación o renominación.

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 14/17

Entendemos que las excepciones al cumplimiento de la obligación de la firmeza se predicen de los contratos firmes de transporte o de suministro y exoneran de responsabilidad por el incumplimiento de dicha obligación, mientras que las limitaciones técnicas o de capacidad en la infraestructura que permiten negar la nominación o renominación, por razones operativas, no contractuales, vuelven el transporte y/o el suministro interrumpible y, por tanto, modifican la obligación principal del contrato firme.

Por estas razones concluimos que las mencionadas limitaciones técnicas o de capacidad en la infraestructura no pueden aplicar frente al contrato en firme, ya que modificarían la obligación que por su naturaleza jurídica le pertenece al contrato en firme y alterarían la responsabilidad asociada al cumplimiento de la obligación de firmeza que nace de este último contrato.

Si se aceptara que estas limitaciones, que por razones puramente operativas permiten negar la nominación o renominación de cantidades firmes de gas, exoneran de responsabilidad al transportador o al productor por el incumplimiento de la obligación contraída en el contrato firme, se estaría contrariando el alcance de las normas que regulan esta modalidad contractual, en cuya definición no están previstas las causales de negación de la renominación como excepciones a la firmeza, y consecuentemente se estaría cambiando la naturaleza del contrato firme, pues se volvería un contrato interrumpible por las mismas causas que se puede interrumpir el servicio contratado mediante contratos interrumpibles.

Por las anteriores razones concluimos que en el caso de los contratos firmes el transportador o el productor solamente pueden negar la nominación o renominación de cantidades de gas firme en los casos en que de acuerdo con las respectivas normas que regulan dichos contratos el transportador o el productor están exceptuados de garantizar la firmeza.

Esto último sucede únicamente en los casos de emergencia o de fuerza mayor frente a los contratos firmes de transporte que se firmaron bajo la vigencia de la resolución CREG 071 de 1999 y antes del Decreto 1515 de 2002; o "en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas" para el caso de los contratos celebrados a partir de la vigencia de este Decreto, así como los celebrados bajo los Decretos 1484 de 2005 y 880 de 2007.

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 15/17

En ese mismo orden de ideas, entendemos que solamente la negación de las nominaciones o renominaciones por limitaciones técnicas o de capacidad en la infraestructura de transporte, previstas en el RUT, que se presenten en casos de emergencia o de fuerza mayor exonerarían de responsabilidad al transportador que incumpla los contratos firmes celebrados bajo la vigencia de la Resolución CREG 071 de 2009 y antes del Decreto 1515 de 2002.

Y asimismo entendemos que solamente la negación de las nominaciones o renominaciones por limitaciones técnicas o de capacidad en la infraestructura de suministro o de transporte, previstas en el RUT, que se presenten en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas exonerarían de responsabilidad a los productores o a los transportadores, respectivamente, que incumplan la obligación nacida del contrato firme celebrado después de la vigencia del Decreto 1515 de 2002.

“¿En caso de no aceptación de las renominaciones por las excepciones mencionadas anteriormente, el Remitente podrá solicitarle al Productor - Comercializador y/o al Transportador que demuestren el motivo de las limitaciones técnicas o de capacidad?”

Respuesta:

La limitación técnica es un hecho físico que debe reunir las condiciones establecidas en el Decreto 880 de 2007, que definió dicha limitación como la “Reducción o pérdida súbita de la disponibilidad de la capacidad máxima de producción de un campo o de la capacidad máxima de un sistema de transporte de gas, y cuya existencia debe demostrar el transportador o el productor que quiera exonerarse de la responsabilidad civil contractual por el incumplimiento de la obligación de transporte o de suministro firme.

La regulación no establece los agentes a quienes se les debe explicar o demostrar la limitación técnica o de capacidad. En todo caso, el remitente tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación de transporte firme o de suministro firme al transportador o al productor, según el caso, o la indemnización de los perjuicios por el no cumplimiento de la misma.

Conforme a las reglas generales que regulan la eficacia de las obligaciones (Artículos 1602 a 1617 del Código Civil), si el transportador o el productor desean exonerarse de la responsabilidad civil contractual derivada del no cumplimiento de la obligación de transporte firme o de suministro firme que

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 16/17

asumió, es él quien debe demostrar dicha limitación técnica a su acreedor, esto es, al remitente, tal como se deduce de lo establecido en el Artículo 1604 Ibídem.

“¿En caso de no aceptación y entrega de las cantidades renominadas durante el día de gas, y por razones distintas a limitaciones técnicas o de capacidad, el Productor - Comercializador y/o el Transportador que incumplan con sus entregas al Remitente, deberán compensarlo con las penalidades establecidas contractualmente, por el no cumplimiento en la entrega de las cantidades contratadas en firme?”

Respuesta:

Como ya se explicó, cuando el transportador o el productor que celebró un contrato firme le niega al remitente las cantidades nominadas o renominadas le está negando el servicio que contrató y, por tanto, está incumpliendo la obligación que contrajo en el contrato que celebró. Todo incumplimiento de un contrato genera responsabilidad civil contractual, que se traduce en la obligación de reparar el daño causado o indemnizar los perjuicios ocasionados al acreedor.

En el caso de haberse pactado en el contrato cláusula penal o penalidades por el incumplimiento del contrato, entendemos que en tanto la no aceptación de las cantidades nominadas o renominadas constituyen incumplimiento del contrato, dan lugar al cobro de dichas penas, a título de indemnización de perjuicios.

Con independencia de lo anterior, el artículo 22 de la Resolución CREG 095 de 2008 se establece:

“ARTÍCULO 22. COMPENSACIONES. Los contratos que pacten Servicios de Suministro en Firme suscritos a partir de la vigencia de la presente resolución, y que sean destinados para la atención de usuarios regulados deberán pactar como mínimo las compensaciones de que trata la Resolución CREG 100 de 2003.

Parágrafo. Para los demás compradores las compensaciones podrán ser pactadas en forma bilateral entre las partes”.

La anterior disposición es clara en establecer el régimen de compensaciones aplicable a los contratos que se pacten a partir de la vigencia de la Resolución CREG 095 de 2008. No se establecen disposiciones regulatorias

Doctor
MAURICIO YEPES ISAZA
MERILÉCTRICA S.A. & CIA. S.C.A. E.S.P. 17/17

sobre compensaciones aplicables a contratos de suministro pactados con anterioridad a la vigencia de la Resolución CREG 095 de 2008. En este último caso rige lo pactado contractualmente y en su defecto las normas generales sobre eficacia de las obligaciones.

En los anteriores términos esperamos haber absuelto sus inquietudes. Este concepto se emite de conformidad con los artículos 73.24 de la ley 142 de 1884 y 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



HERNÁN MOLINA VALENCIA
Director Ejecutivo