

XIII ASAMBLEA Y CONGRESO ANUAL DE NATURGAS
CARTAGENA, MARZO 25 Y 26 DE 2010 CONFERENCIA GAS

PANEL 2: Examen de las medida regulatorias que se han venido adoptando para hacer frente a la coyuntura por el racionamiento programado y sus implicaciones en el mercado del gas.

Panelista: Dr. Carlos Medellín

Ex ministro de Justicia, Ex embajador ante el Reino Unido y actualmente socio de la firma Medellín, Martínez & Durán, Abogados Asociados.

En Colombia el mercado del gas se encuentra inmerso dentro de importantes variables económicas, políticas y jurídicas que hacen exigente su análisis en la medida en que no puede verse de manera aislado del contexto.

Por una parte se encuentra dentro de un sector en el que la definición de políticas públicas se debate contenciosamente con las políticas en general para el sector eléctrico partiendo de una misma cabeza: el Ministerio de Minas y Energía, que actúa como un papá que se disputa el cariño de sus hijos y frente a los cuales pareciera en ocasiones que tiene preferidos.

Desde otro punto de vista, todos los aquí presentes saben que no se trata de un solo mercado del gas sino de varios mercados que se necesitan

mutuamente, pero dentro de los cuales se generan también fricciones. Está el mercado de suministro de gas, el mercado de transporte de gas y el mercado de venta al usuario final. La convivencia no es por lo tanto fácil si no existen reglas claras que permitan su coexistencia bajo principios y regulaciones diferentes pero armónicas para cada mercado. Esas reglas que han sido objeto de fuertes discusiones e incluso procesos judiciales en los que hemos participado, han permitido que el crecimiento de este mercado en Colombia haya sido pausado pero seguro.

Esta realidad se pone a prueba ahora que los expertos están hablando de épocas de estrés, de baja hidraulicidad, y del ciclo hidrológico colombiano que se asocia con la inestabilidad y con la punta de la demanda. Son varios los conceptos que juegan en esta realidad. Por una parte la necesidad de garantizar la continuidad del servicio público, y por otra el mantenimiento de reglas claras que no son otra cosa que la confianza de todos los actores en el mercado. La continuidad del servicio público es la misma continuidad de los factores que permiten que el mercado madure y crezca. Las consideraciones técnicas se convierten en la garantía de la continuidad de las políticas. Y no la política de coyuntura la que determine las condiciones técnicas.

No puede verse entonces el tema como la rivalidad entre el servicio público y la estabilidad. Ambas cosas son inseparables. De esta manera aseguramos que la confianza de los inversionistas sea el motor que permita el desarrollo del sector.

Las medidas que ha tomado el gobierno para afrontar el ciclo hidrológico desdibujan la firmeza pactada en los contratos, generan problemas comerciales y crean dificultades para cerrar nuevos contratos. Veamos por qué:

La legislación colombiana es muy clara al expresar en la ley 401 de 1997 que *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, el Gobierno Nacional, de acuerdo con los ordenamientos, y parámetros establecidos en la Ley 142 de 1994, y previo concepto del Consejo Nacional de Operación de Gas, fijará el orden de atención prioritaria de que se trate, teniendo en cuenta los efectos sobre la población, las necesidades de generación eléctrica, los contratos debidamente perfeccionados, así como todos aquellos criterios que permitan una solución equilibrada de las necesidades de consumo en la región o regiones afectadas"*;

Esta norma que fue expedida desde 1997 le otorga facultades al gobierno para garantizar un mínimo abastecimiento de la demanda fijando un orden de atención prioritaria teniendo en cuenta varios factores que deben evaluarse al mismo tiempo. Estimamos que los efectos sobre la población, las necesidades de generación eléctrica y los contratos debidamente perfeccionados son variables que deben observarse al mismo tiempo, y no una variable sobre la otra. En el caso de los contratos debidamente

perfeccionados, estamos frente a una consideración no sólo jurídica en el sentido de que los contratos son ley para las partes y deben cumplirse, sino para el mercado del gas, implican la confianza legítima de los agentes en sus inversiones, que como se ha visto en este Congreso, demandan gran cantidad de dinero que de no ser por esa seguridad no se invertirían. Es claro que la inversión privada es fundamental para la continuidad y la expansión del servicio. Esa fue la señal que se envió al mundo cuando Colombia tuvo que soportar los rigores del racionamiento eléctrico durante 1991 y 1992. Las reglas del juego se diseñaron y se implementaron favoreciendo la inversión privada a cambio de la estabilidad regulatoria.

Podríamos decir entonces que aprendimos la lección. Ya el ciclo hidrológico no nos angustia como en el pasado y es el momento de poner a prueba lo que el país diseñó en su momento. Sin embargo el racionamiento programado pareciera decir lo contrario. En este tema ya tenemos todo un régimen legal que demanda un especial esfuerzo para su comprensión, no solo por la ya gran cantidad de disposiciones, sino por su variación en un período corto de tiempo. El exceso de regulación por lo tanto, mina la confianza. Y no es tan fácil resolver el problema simplemente honrando los contratos en función del pago de las multas. Los contratos a largo plazo que se pactaron, no se suscribieron pensando en el pago sucesivo y programado de las multas. El pago sucesivo de las mismas se convierte en el incumplimiento reiterado de los pactos, mina la confianza, ahuyenta la inversión, legitima la crisis del sector y desalienta a los inversionistas que nunca verán el justo retorno de su esfuerzo con las plantas apagadas. Esas

multas no fueron pactadas como indemnizatorias sino como compensatorias para momentos excepcionales.

Entre otras normas se ha expedido los decretos 1515 de 2002, 1484, 4570, 4724 de 2005, 880 de 2007, 2687 de 2008, 4500 y 4670 de 2009. La CREG por su parte, ha expedido las resoluciones 033,070 y 103 de 2006, 104 de 2007 y 188 de 2009, y se preparan ahora nuevas disposiciones sobre el tema.

El riesgo regulatorio en lo que tiene que ver con racionamiento programado, es cada vez mayor. Las consecuencias frente a los contratos a largo plazo y con firmeza son incuestionables. Privilegiar por lo tanto el mercado spot, pone en riesgo esto sí, la continuidad del servicio no solo para los momentos de stress hidráulico sino para todos los momentos, atentando contra la estabilidad de todo el sector.

Ahora bien, si el gobierno insiste en seguir regulando de manera excesiva y por coyuntura lo que ha llamado el racionamiento programado, parecería lógica la consecuencia de permitir entonces la libertad en otros aspectos tan sensibles como los precios, los niveles de take or pay, la duración misma de los contratos e incluso las multas de los mismos. La intervención estatal debe entenderse en términos del bienestar general de la comunidad que incluye el bienestar de los agentes responsables del mercado. Pretender regular todos los aspectos, se parece mucho al exceso de Estado que

inevitablemente pone en riesgo las libertades públicas, incluida por su puesto, la libertad económica.

Por ejemplo, pensemos seriamente en la liberación de todos los precios comenzando por el gas de la Guajira, promoviendo así una mejor competencia.

Esta situación está generando una crisis de confianza de la cual se ha ocupado el derecho en los últimos años. Es lo que los tratadistas llaman “PRINCIPIO DE PROTECCION DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA”. Dice el jurista colombiano “ Gabriel Valbuena: la exagerada producción de leyes, agravado por el desbocado y frenético ejercicio de las facultades reglamentarias por parte del ejecutivo, fundadas una y otra en la ingenua pretensión del Estado de ofrecer una solución adaptable a las más diversas e insospechadas reyertas jurídicas, en vez de brindar certeza a los administrados se ha convertido en una fuente de inseguridad jurídica.”

Ahora bien, siempre es mejor un mal arreglo que un buen pleito. Y en este caso la buena salud de los negocios recomienda el acercamiento con los responsables regulatorios de manera tal que se puedan construir

soluciones favorables para todos. Este Congreso es un gran aporte en esa dirección. Sin embargo hay que decirlo también con toda franqueza, que la confianza legítima no es solo un discurso retórico. Hoy en Colombia es un bien jurídico tutelado por el derecho en materia civil, penal, financiera, laboral, de protección al consumidor, en materia de inversión extranjera y por supuesto en materia de derecho público.

La Corte Constitucional se ha ocupado del tema en varios pronunciamientos de los cuales vale la pena destacar la sentencia C-478 de 1998 la cual dijo: “El principio de confianza legítima pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.”

En otras palabras, y de acuerdo con otra sentencia de la Corte, el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar.

Para que opere este principio se requiere:

1. La existencia de un base objetiva de la confianza, que genera expectativas razonables, ciertas y plausibles en los administrados.
2. Legitimidad de la confianza, que se traduce en aquel que ha creído razonablemente en la validez de un acto o comportamiento del Estado así incluso se trate de situaciones contradictorias con el ordenamiento jurídico.
3. Toma de decisiones cimentadas en la confianza, es decir haber existido una fuerza suficiente para mover al administrado a realizar u omitir una conducta o una actividad que directa o indirectamente repercuta en su esfera patrimonial, máxime cuando tal confianza le conduce a realizar unos gastos que en el supuesto de no mediar dichas circunstancias no hubiera realizado. (Valbuena)
4. Defraudación de la confianza legítima, que en palabras de la Corte Constitucional es preciso que por la acción o la omisión de las

autoridades públicas involucradas, se produzca una desestabilización cierta, razonable, y evidente en la relación entre administración y administrados. (Sentencia C-007 de 2002)

5. La no adopción de medidas de transición o adaptación.

Entre los principios constitucionales que respaldan la teoría de la confianza legítima están el principio de la buena fe, y de la seguridad jurídica, contemplados incluso en tratados internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (art.8,10 y 11), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9 y 14) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art 7 y 8).

Por último debemos decir que la violación de este principio constituye título de imputación de daños resarcibles en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial el Estado.

Insistimos una vez más, que encontrar los caminos del diálogo para recobrar la coherencia regulatoria debe ser el primer paso a seguir para que el mercado reciba de nuevo las señales claras de seguridad jurídica que se necesitan para su

crecimiento y desarrollo. Si esto no es posible están ahí las herramientas jurídicas que se deben utilizar.