

**MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD - Niega, no declara nulidad / MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD - Contra Circular 108 de 27 de noviembre de 2014 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas / CIRCULAR ACUSADA - Publicación de factores de actualización de precios para contratos de suministro de gas natural / PRINCIPIO DE EQUIDAD - Aplicación en ecuación financiera para ajuste precios / AJUSTE DE PRECIOS MEDIANTE ECUACIÓN FINANCIERA FUNDADA EN LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LAS OPORTUNIDADES - Cumplimiento de mandatos constitucionales / DIFERENCIAS EN EL INCREMENTO PORCENTUAL DEL PRECIO EN CONTRATOS DE SUMINISTRO DE GAS - Comportamiento del mercado**

**NOTA DE RELATORÍA:** Síntesis del caso. El 27 de noviembre de 2014, la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG expidió la Circular 108, a través de la cual se publicaron “los factores de actualización de precios para contratos de suministro”. La parte actora solicitó la nulidad de la precitada norma al considerar que se transgredieron las disposiciones contempladas en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994 y del artículo 334 de la Constitución Política.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE / NIEGA NULIDAD DE CIRCULAR - No se demostró contradicción normativa / ACTO ADMINISTRATIVO - Circular en asunto contractual / CIRCULAR SOBRE FACTORES DE ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS PARA CONTRATOS DE SUMINISTRO / CONTRATO DE SUMINISTRO - Factores de actualización de precios / AJUSTE DE PRECIOS MEDIANTE ECUACIÓN FINANCIERA - Sostenibilidad fiscal y la distribución equitativa de las oportunidades**

[E]n lo que se relaciona con la acción de nulidad impetrada contra la Circular 108 de 2014, (...) relativa a la “PUBLICACIÓN DE FACTORES DE ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS PARA CONTRATOS DE SUMINISTRO” de gas natural, en la cual se fijaron “los valores del numerador” del factor de actualización para los contratos con duración superior a un año pactados en 2013 (...), el demandante expuso que la mencionada circular violó el artículo 334 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, toda vez que la CREG no hizo prevalecer el deber de buscar el desarrollo armónico de las regiones. (...) [En relación con el] artículo 334 de la Constitución Política no se encuentra vulnerado (...), sino que, por el contrario, lo que se observa en este proceso es que la Circular 108 aplicó una regla de intervención en el ajuste de precios, que estaba permitida a la CREG, bajo una ecuación financiera que se fundaba en un precio promedio por fuentes ubicadas en distintas regiones, de manera que no se desconoció la respectiva disposición. (...) [Ahora bien, para] el análisis del cargo de ilegalidad por violación del artículo 2 de la Ley 142 de 1994, en cuanto esa norma disponía una intervención de la CREG en forma equitativa (...) la Sala precisa que (...) la brecha que plantea el demandante -como vulneración de la Ley 142 en relación con la equidad entre las distintas regiones- se refiere al incremento porcentual del precio de las negociaciones con punto de entrada en el campo Ballenas, frente al que arrojaron las negociaciones del campo Cusiana, dado que el factor de ajuste de precios del primero resultó más alto. (...) Se observa que el demandante no argumentó que la ecuación de ajuste precios estuviera mal concebida o mal aplicada - caso en el cual tendría que haber demandado la Resolución No. 089 de 2013 y la Circular 059 de 2013 - sino que enfocó los cargos sobre la Circular 108 de 2014, indicando que arrojó una inequidad en los ajustes de precios impuestos en la circular demandada. Sin embargo, el anterior análisis de los precios comparados en los dos campos relacionados demuestra un comportamiento del mercado, mas no una violación al principio de equidad invocado en el artículo 2 de

la Ley 142 de 1994, dado que en el reglamento y en la Circular 108 el criterio de equidad de los ajustes se fundó en la relación matemática de los precios promedio del suministro de una misma fuente o campo, entre 2013 y 2014. (...) Lo anterior lleva a desestimar la pretendida ilegalidad imputada por el demandante a la Circular 108, sin perjuicio de las opciones, las precisiones de redacción y los cambios que se pudieron introducir en las regulaciones posteriores adoptadas por la CREG, según reseñó la parte demandada en este proceso. (...) Como consecuencia, se denegarán las pretensiones de nulidad de la Circular 108 de 2014 expedida por la CREG. **NOTA DE RELATORÍA.** Problema jurídico: ¿Con la expedición por parte de la CREG de la Circular 108 de noviembre 27 de 2014, se vulneraron las disposiciones normativas del artículo 334 de la Constitución Política y del artículo 2 de la Ley 142 de 1994, en cuanto dichas normas establecen la intervención de esa comisión reguladora con base en la distribución equitativa?.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedente / VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE EQUIDAD - No se configuró / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Presupuestos para su procedencia**

No procede aplicar una excepción de inconstitucionalidad frente a la Circular 108 de 2014, toda vez que los documentos de análisis obrantes en el plenario demuestran que la referida circular se aplicó sin violación del principio de equidad. (...) La contradicción o incompatibilidad de la disposición normativa con la Carta Política no resulta manifiesta o evidente, dado que en la demanda se invocó un principio abierto que también pudo cumplirse con la fórmula de ajuste de precio, amén de que su aplicación versaba sobre el ajuste de precios a las negociaciones realizadas por partícipes en el mercado mayorista y no sobre las tarifas del gas que se cobraban a los usuarios. Tampoco se encuentra infracción de la norma legal referida a la equidad en la regulación del mercado de gas, dado que la ecuación financiera de ajuste de precios se aplicaba respecto de las negociaciones de los “puntos de entrega del gas natural contratado” que, por supuesto, estaban afectadas por condiciones de mercado diversas en cada uno de los campos. Es decir que no se trató de una decisión desprovista de un criterio de equidad.

**REGLAMENTACIÓN DE ASPECTOS COMERCIALES DEL MERCADO MAYORISTA DE GAS / Competencia de la comisión de regulación de energía y gas / LIQUIDACIÓN DEL FACTOR DE AJUSTE DE PRECIOS EN CONTRATOS DE SUMINISTRO DE GAS - Competencia de la comisión de regulación de energía y gas / COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA - Regulación normativa, facultades y atribuciones constitucionales y legales**

Con el propósito de ubicar el marco normativo de la circular acusada se evidencia la competencia de la Comisión de Regulación de energía y gas -CREG- para expedir el reglamento de operación del mercado mayorista de gas y, para la época en que se expidió el acto acusado, la facultad de liquidar el factor de ajuste de precios en las negociaciones de que trató la Circular 108 de 2014, objeto de la pretensión de nulidad incoada por la parte actora en el presente proceso. Dicha competencia se desprende del artículo 365 de la Constitución Política y los artículos 14 y 69, 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, tal como lo ha observado la Corte Constitucional al acotar el alcance de las potestades de las comisiones de regulación (...) Igualmente, se puede precisar que, mediante la Resolución CREG 089 de 2013, la CREG reglamentó aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural, estableciendo, entre otros, las condiciones que debían cumplir los agentes en el citado mercado para comercializar el gas y el reporte de la

información correspondiente a sus transacciones. Se observa que en el anexo 4 de la referida Resolución CREG 089 se fijaron las fórmulas de actualización de precios que fueron aplicadas en la Circular 108 de 2014 para las negociaciones efectuadas en 2013, las cuales se ajustaron de acuerdo con los resultados de la negociación directa de gas natural que se realizó en octubre de 2014.

**NATURALEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO - Orgánico y material / DEMANDAS DE NULIDAD CONTRA CIRCULAR EXPEDIDA POR ENTIDAD PÚBLICA - Competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PARA CONOCER DEMANDA DE NULIDAD CONTRA CIRCULAR - Factores que debe reunir la circular / CIRCULAR ACUSADA - Constituyó un acto definitivo**

La Circular 108 de noviembre 27 de 2014, expedida por la CREG, tiene la naturaleza de un acto administrativo en sentido orgánico y material, toda vez que proviene de una autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones y contiene una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración llamada a producir efectos jurídicos sobre las negociaciones de suministro de gas sometidas al respectivo acto. (...) Se acoge la jurisprudencia del Consejo de Estado, que fue reiterada frente al análisis de los criterios introducidos en el artículo 104 del C.P.A.C.A., con base en la cual se advierte que esta jurisdicción debe conocer de las demandas de nulidad contra los “actos sujetos al derecho administrativo”, entre otros, las circulares expedidas por las entidades públicas cuando se presente alguno de los siguientes factores: i) produzcan un efecto jurídico de carácter definitivo o ii) constituyan actos expedidos en desarrollo de una función administrativa. (...) [A]unque la Circular 108 de 2014 se referenció como un acto de publicación de los precios que resultaron de aplicar la fórmula de ajuste definida en la Resolución CREG 089 de 2013, tal publicación contiene una fijación de los valores concretos definidos para el numerador de la fórmula de ajuste y, en tal medida, esa circular creó una situación con efectos jurídicos propios e independientes para el ajuste de los precios en los contratos con un duración superior a un año, pactados durante la comercialización de gas de 2013. (...) [L]a Circular 108 de 2014 constituyó un acto definitivo susceptible de demanda de nulidad en forma separada y no puede clasificarse como un acto de trámite. (...) [D]ichas resoluciones contenían un reglamento general de operación y en el presente caso no se impugnó la fórmula definida en dichas resoluciones, sino la fijación de los valores de ajuste establecidos en la referida circular. (...) Por lo anterior, la Sala considera que en la demanda sub júdice el cuestionamiento de la Circular 108 de 2014 integró una proposición jurídica completa que -pese al estilo de la configuración de la demanda- cumplió con la suficiente individualización de las pretensiones y permitió la identificación del cargo respectivo. En este orden de ideas, se considera cumplido el presupuesto de la demanda en forma. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con los factores que debe reunir una circular administrativa para que pueda ser objeto de demanda de nulidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, este fallo cita la providencia de 3 de noviembre de 2011, exp. 11001-03-25-000-2009-00050-00(0999-09).

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 334 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 2 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 14 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 69 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 73 / LEY 142 DE 1994 - ARTÍCULO 74 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 104

**NORMA DEMANDADA:** CIRCULAR 108 DE 2014 (27 de noviembre) COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, CREG (No anulada).

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00021-00(53056)**

**Actor: JAIME LUIS BERDUGO PÉREZ**

**Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS - CREG**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE (SENTENCIA)**

Temas: Nulidad - medio de control de nulidad contra las circulares expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG / Norma demandada: Circular 108 de 2014 expedida por la CREG / Precio de los contratos de suministro de gas – factor de ajuste de precio aplicable a los contratos con duración superior a un año pactados en el 2013 / Cargo por transgresión del artículo 2 de la Ley 142 de 1994 y del artículo 334 C.P. / NO ACCEDE a las pretensiones de nulidad.

Procede la Sala a resolver de fondo la demanda presentada por el señor Jaime Luis Berdugo Pérez, en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)<sup>1</sup>, mediante el cual el demandante pretende que se anule la Circular No. 108 de 27 de noviembre de 2014, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG<sup>2</sup>, relativa a la “*PUBLICACIÓN DE FACTORES DE ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS PARA CONTRATOS DE SUMINISTRO*” de gas natural, en la cual se fijaron “*los valores del numerador*” del

---

<sup>1</sup> “Artículo 137 C.P.A.C.A. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

“(…)”.

<sup>2</sup> En adelante se podrá denominar la CREG.

factor de actualización para los contratos con duración superior a un año pactados en 2013. El texto de la circular impugnada es el siguiente (se transcribe la parte pertinente):

**“CIRCULAR No. 108**

**“PARA: PARTICIPANTES DEL MERCADO DE GAS NATURAL**

**“DE: DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, CREG**

**“ASUNTO: PUBLICACIÓN DE FACTORES DE ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS PARA CONTRATOS DE SUMINISTRO**

**“(…).**

**“Anexo**

**“Factores de actualización de precios para contratos de suministro**

*“De acuerdo con la información reportada por parte de los vendedores de gas natural, en virtud de la Circular CREG 083 de 2014, sobre los resultados de las negociaciones directas de gas natural realizadas en octubre de 2014 según lo establecido en las resoluciones CREG 085 y 113 de 2014, y al tener en cuenta las ecuaciones definidas en el Anexo 4 de la Resolución CREG 089 de 2013, a continuación se presentan los valores del numerador del factor de actualización para los precios de contratos con duración superior a un (1) año pactados durante la comercialización de gas de 2013.*

**“A. Para contratos con duración superior a un (1) año que hayan sido celebrados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Resolución CREG 089 de 2013, cuando en el año 2014 se negocien contratos firmes de la misma fuente con duración de un (1) año:**

$$P_{CFf,1,a_2}$$

**“ $P_{CFf,1,a_2}$ :** Promedio ponderado por cantidades de los precios de los contratos firmes, de la fuente  $f$ , con duración de un (1) año, negociados para el año  $a_2$ . Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.

**“ $a_2$ :** Año durante el cual se aplicará el precio del gas natural. El año se iniciará un 1 de diciembre y terminará el 30 de noviembre siguiente. “La variable  $i$  tomará los valores de uno (1) a  $d$ .  $a_2$  corresponde al segundo año de vigencia, de diciembre de 2014 a noviembre de 2015,

de los contratos negociados a más de un (1) año en la comercialización de 2013.

“1) Para punto de entrega del gas natural contratado, *f*, ubicado en el punto de entrada al SNT en Ballena, el promedio ponderado de los contratos firmes con duración de un (1) año corresponde a:

$$P_{CFf,1,02} = 5,4529 \text{ USD/MBTU}$$

“2) Para punto de entrega del gas natural contratado, *f*, ubicado en el punto de entrada al SNT en Cusiana, para el gas proveniente de los campos de Cusiana y de Cupiagua, el promedio ponderado de los contratos firmes con duración de un (1) año corresponde a:

$$P_{CFf,1,02} = 3,4478 \text{ USD/MBTU}.$$

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

La demanda se presentó el 27 de enero de 2015, con la pretensión única de que se declare la nulidad de la Circular 108 de noviembre 27 de 2014 expedida por la CREG expresada en la siguiente forma (se transcribe literal):

#### “PRETENSIÓN

“Se declare la nulidad de la Circular 108 de noviembre 27 de 2014, expedida por la CREG”<sup>3</sup>.

Se observa que la parte actora no describió en la demanda, de manera separada, los cargos, siguiendo las causales descritas en el artículo 137 del C.C.A.<sup>4</sup>

Sin embargo, puede advertirse que en la primera parte del acápite denominado “concepto de violación” el demandante expuso el contexto normativo y

---

<sup>3</sup> Folio 12, cuaderno principal.

<sup>4</sup> “Artículo 137 C.P.A.C.A. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

**“Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...).”** (la negrilla no es del texto).

constitucional en que se expidió la Circular 108 y en la parte final del mismo indicó el cargo de nulidad basado en la violación del artículo 2 de la Ley 142 de 1994 y del artículo 334 de la Constitución Política, según se relaciona a continuación.

**i)** en los numerales 1 a 3 del concepto de violación el demandante transcribió los antecedentes de la circular acusada, es decir, el Anexo 4 de la Resolución CREG 089 de 2013 y el Anexo 1 de la Circular 083 de 2014, acerca de las fórmulas y los valores que sirvieron de base al ajuste de precio definido en la Circular 108; **ii)** en los numerales 4 y 5 del concepto de violación, el demandante realizó una comparación matemática -de la variación de los valores del numerador de la ecuación de ajuste de precio- aplicada a la Circular 108 de 2014 en relación con la Circular 059 de 2014; **iii)** en el numeral 6 indicó que la Ley 142 de 1994 consagró el carácter esencial del servicio público de gas natural; **iv)** En los numerales 7 a 9, el demandante expuso *“el trato en grado inequitativo”* que implicó la Circular 108, frente a la equidad que exigió el artículo 361 de la Constitución Política; **v)** en el numeral 10 del concepto de violación el demandante agregó que la actualización de precios *“no solo es desigual, injustificada y desproporcionada, y contraria a una realidad aceptada por el constituyente derivado al crear el Fondo de Compensación Regional como mecanismo para paliar la brecha histórica regional en el desarrollo, sino que se opone a los fines del Estado en la economía como motor de la distribución equitativa de las oportunidades y el avance armónico de las regiones, en los términos del artículo 334 Constitucional”*<sup>5</sup>.

Por otra parte, en los párrafos finales del numeral 10 del concepto de violación y en los numerales 11 y 12 del mismo, el demandante expuso lo que puede considerarse el aspecto más concreto acerca de la causal de nulidad impetrada en relación con la Circular acusada, en la siguiente forma (se transcribe literal):

*“El acto administrativo cuya nulidad se depreca, **al oponerse al artículo 334 de la Constitución Política, vulnera por contera el artículo 2 de la Ley 142 de 1994** que estipula el marco normativo de la intervención del Estado, especialmente a través de las Comisiones reguladoras, en estos términos:*

*“Ley 142 de 1994. ‘Artículo 2. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las*

---

<sup>5</sup> Folio 10, cuaderno principal.

*reglas de competencia de que trata esta ley en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política...'*

*“11. La CREG se escuda en la libre competencia económica para permitir un trato abiertamente desigualitario en un asunto tan delicado para el Estado colombiano como lo es un servicio público esencial, olvidando pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, Sentencia C-389 de 2002 (...) ‘En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo... ‘La libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar los fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64,65 y 66 de la Constitución’<sup>6</sup>.*

*“12. **La aplicación del artículo 2 de la Ley 142 de 1994 que exige como marco normativo de las decisiones que adopte la Comisión de Regulación de Energía y Gas varias precisiones constitucionales, entre ellas la que avista el artículo 334 Superior al ordenar que se busque ‘el desarrollo armónico de las regiones’ como se ha anunciado a lo largo de este memorial, entra a reñir con el anexo 4 de la Resolución CREG No. 089 de 2013 que contienen la fórmula de actualización de precios, que es el criterio referente para adoptar el acto administrativo demandado, lo que implicaría una aparente dicotomía jurídica: o tiene vigencia la Resolución CREG o tiene vigencia la Constitución Política, lo que se resuelve en favor de esta última al tenor del artículo cuarto constitucional mediante la excepción de inconstitucionalidad allí consagrada**”<sup>7</sup> (la negrilla no es del texto).*

Con base en anterior, pese a la dispersión de los argumentos sobre la constitucionalidad de la fórmula prevista en el anexo 4 de la Resolución 089 de 2013, la Sala entiende que, en lo que se relaciona con la acción de nulidad impetrada contra la Circular 108 de 2014, el demandante expuso que la mencionada circular violó el artículo 334 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, toda vez que la CREG no hizo prevalecer el deber de buscar el desarrollo armónico de las regiones.

---

<sup>6</sup> La subraya corresponde al texto de la demanda.

<sup>7</sup> Folio 11, cuaderno principal

Se hace notar que el mencionado artículo 2 se refirió a la intervención del estado en los servicios públicos, norma en la cual se dispuso, a su vez, que tal intervención se debía realizar de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política, también invocado en los cargos de la demanda, según se detalló en el concepto de violación antes citado.

#### **4.2. Medida cautelar rechazada**

Con base en la copia del escrito de la demanda, sin argumentación separada, es decir, con fundamento en el mismo acápite de concepto de violación, el demandante solicitó que se suspendiera provisionalmente la Circular 108 de 2014.

Mediante auto de 28 de septiembre de 2015, el Consejero Ponente de la época resolvió **negar la medida cautelar de suspensión provisional** de la Circular 108 de 2014.

En dicho auto se consideró lo siguiente:

*“(...) el Despacho estima que la circular cuestionada sí está llamada a surtir efectos jurídicos en relación con los contratos de suministro de gas natural, por cuanto en su anexo, que forma parte de la misma, se fijaron las fórmulas por virtud de las cuales se actualizarían los precios de tales contratos, cuestión que evidentemente incide en la comercialización de este recurso.*

*“Así pues, el Consejo de Estado es competente en única instancia, para conocer del presente asunto, según las previsiones contenidas en el numeral 1 del artículo 149 del C.P.A.C.A.(...).*

*“En relación con la procedencia de la medida cautelar solicitada, el Despacho advierte que no está llamada a proceder, tal como pasa a exponer.*

*“De las decisiones que precedieron a la Circular 108 de 2014 – aquí demandada- se encuentran las siguientes:*

*“-Circular 059 de agosto 12 de 2014, a través de la cual se indicó [transcribió las consideraciones de la Circular]*

*“- Circular 083 de octubre 6 de 2014, según la cual [transcribió la parte inicial de la circular]*

*“Ahora bien mediante la Resolución CREG 089 de 2013, ‘se regulan aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural, como parte del reglamento de gas natural’, para cuyo efecto esa Resolución ‘contiene*

*el conjunto de disposiciones aplicables a las negociaciones del suministro y del transporte de gas natural utilizado efectivamente como combustible que se realicen en el mercado primario y en el mercado secundario’.*

*El artículo 16 de la referida Resolución 089 prevé ‘[l]os precios pactados en los contratos de suministro bajo las modalidades firme, de firmeza condicionada y de opción de compra, solo se actualizarán anualmente con base en las ecuaciones establecidas en el anexo 4.*

*“Desde un prisma normativo, el Despacho no encuentra en este momento que la circular cuestionada transgreda el artículo 334 de la Constitución Política, ni el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, pues del contenido de las decisiones proferidas por la CREG se encuentra que la Circular 108 de 2014 es el resultado de procedimientos administrativos previstos en las normas que regulan la materia, como también lo es la aplicación de las actuaciones actuariales que, con base en esa misma normativa, se tienen para la fijación de los precios de los contratos de suministro de gas natural, sin que se encuentre, en esta oportunidad, una violación de las normas invocadas en la demanda con la expedición de la decisión administrativa demandada.*

*“Ahora bien, en cuanto a la supuesta afectación de una región del país por razón y con ocasión de la fijación de precios para los contratos de suministro de gas natural, el Despacho encuentra que ello obedece a cuestiones sumamente técnicas, cuya determinación no es posible establecer en esta etapa del proceso y que por lo tanto, deberá ser definida en la sentencia que ponga fin a la controversia”<sup>8</sup>.(la negrilla no es del texto).*

## **2. Los hechos**

Con base en la demanda se extraen los siguientes hechos:

**2.1.** Mediante Resolución CREG 089 de 14 de agosto de 2013 se reglamentaron los *“aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural que hacen parte del reglamento de operación de gas natural”*.

**2.2.** El demandante indicó que en la Circular 059 de 12 de agosto de 2014 de la CREG se publicaron los factores de actualización de precios para los contratos de suministro de gas natural, en cuanto se refiere a los valores del denominador de la fórmula de actualización fijada en la Resolución CREG 089, los cuales fueron establecidos con base en las negociaciones realizadas en octubre de 2013.

---

<sup>8</sup> Folio 104, cuaderno de medidas cautelares.

**2.3.** Igualmente, narró que, mediante Circular 083 de 6 de octubre de 2014, la CREG publicó el resumen de los resultados de las negociaciones directas de gas natural realizadas de conformidad con las Resoluciones CREG 089 de 2013 y CREG 085 de 2014, según la información reportada por los vendedores de gas natural, en virtud de lo establecido en la Circular CREG 079 de 2014.

La parte actora observó que en la Circular 083 se relacionaron los resultados de las negociaciones directas de gas natural discriminadas por los campos o puntos de entrada de Ballena, Cusiana - Cupiagua y Gibraltar.

**2.4.** El demandante expuso que la tendencia al alza precio del gas estuvo empujada especialmente por la demanda con finalidades térmicas en el campo Ballena, ubicado en el departamento de la Guajira, debido a una posible ocurrencia del fenómeno del “Niño” para el inicio de 2015.

**2.5.** Mediante Circular No. 108 de 27 de noviembre de 2014 - objeto de la demanda en este proceso- expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, relativa a la “*PUBLICACIÓN DE FACTORES DE ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS PARA CONTRATOS DE SUMINISTRO*”, con fundamento en los resultados de las respectivas negociaciones, se fijaron “*los valores del numerador*” para el factor de actualización de precios aplicable a los contratos con duración superior a un año pactados en 2013.

**2.6.** Expuso el demandante que, con fundamento en la relación entre los precios fijados por la Circular 059 de 12 de agosto de 2014 y en la Circular 108 de noviembre 27 de 2014, se evidenció una brecha entre los valores aplicables a la fuente proveniente del campo Ballena y los correspondientes al campo Cusiana-Cupiagua. Según los cálculos del demandante, la brecha se agravó al pasar de 22.4%, fijado de acuerdo con los precios de la Circular 059 de agosto de 2014, a 58.1%, establecida de acuerdo con los precios resultantes de la aplicación del factor de ajuste proveniente de la Circular 108 de noviembre de 2014.

El demandante observó que dicha brecha afectaba al usuario que se nutrió del campo Ballena, dado que estaba consumiendo “*un gas natural 58.1% más alto que el consumidor en el interior del país*”.

### **3. Concepto de violación**

De acuerdo con lo que se ha precisado en esta providencia, el demandante reseñó lo que consideró el trato desigual, injustificado y desproporcionado que se daba a los usuarios del campo Ballena, los cuales correspondían en su mayoría a la región caribe, que enfrentaba situaciones de pobreza más críticas que en el total nacional.

Invocó que la situación de desigualdad histórica del país se evidenció con la creación del fondo de compensación regional previsto en el artículo 361 de la Constitución Política, tal como fue modificado por el acto legislativo 5 de 2011<sup>9</sup>.

Reseñó la vulneración del artículo 334 de la Constitución Política que establece el deber del Estado de dirigir la economía en condiciones de distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo.

Tal como se indicó en esta providencia, dentro del acápite del concepto de violación, en forma más concreta, el demandante argumentó que la Circular 108 de 2014 vulneró el artículo 2 de la Ley 142 de 1994 que estipula el marco normativo de la intervención del Estado a través de las Comisiones Reguladoras<sup>10</sup>.

Precisó que la CREG tiene el deber constitucional de buscar el desarrollo armónico de las regiones, lo cual, en su criterio, no se cumplió en la fórmula aplicada en la Circular 108 de 2014.

#### **4. Actuación procesal**

**4.1.** Mediante providencia de 16 de abril de 2015 se admitió la demanda y se dispuso la notificación a la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG- de

---

<sup>9</sup> “Artículo 361 C.P. [Modificado por el art 2º, Acto Legislativo 005 de 2011](#). (...). “Los recursos del Fondo de Compensación Regional se destinarán a la financiación de proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia. La duración del Fondo de Compensación Regional será de treinta (30) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la ley a la que se refiere el inciso 2º del artículo anterior. Transcurrido este período, estos recursos se destinarán al Fondo de Desarrollo Regional”.

<sup>10</sup> “Ley 142 de 1994, **Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos.** El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: (...)”.

acuerdo con el numeral 1 del artículo 171 del C.P.A.C.A.<sup>11</sup>. Igualmente se ordenó la notificación al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

### **4.3. Contestación de la demanda**

**4.3.1.** La Nación – Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG-, dio contestación a la demanda, advirtiendo que ella es una Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica de acuerdo con el artículo 121 de la Ley 143 de 1994<sup>12</sup>.

Por tanto, indicó que la legitimación pasiva en este proceso le correspondía a La Nación – Ministerio de Minas y Energía.

**4.3.2.** La demandada observó que la Resolución CREG 089 de 14 de agosto de 2013 se expidió en desarrollo de las competencias atribuidas por la Ley 142 de 1994<sup>13</sup>, en la cual se fijaron los mecanismos de comercialización del mercado mayorista de gas natural.

Explicó que esa resolución disponía que se efectuara el análisis con base en la información sobre la oferta y la demanda de gas natural establecida por la Unidad de Planeación Minero Energética UPME, es decir, según el balance de la UPME, con el fin de considerar el escenario de demanda media en el mercado primario.

Precisó que si el balance de la UPME era indicativo de que la oferta de gas era superior a la demanda, se debía dar aplicación a la modalidad de negociación directa que se podía realizar en los períodos de tiempo definidos de acuerdo con el cronograma fijado por la CREG.

Indicó que la Resolución CREG 089 de 2013 determinó el mecanismo de actualización de precios, en su artículo 16, el cual debía aplicarse con base en las

---

<sup>11</sup> Folio 41 cuaderno principal.

<sup>12</sup> Ley 143 de 1994. Artículo 21. *La Comisión de Regulación Energética, creada por el artículo 10 del Decreto 2119 de 1992, se denominará Comisión de Regulación de Energía y Gas y se organizará como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía, que estará integrada de la siguiente manera: (...)*”.

<sup>13</sup> En la referida resolución se invocaron los artículos 14, 18 y 69 de la Ley 142 de 1994.

ecuaciones establecidas en el anexo 4 para los contratos que se celebraron bajo las modalidades firme, de firmeza condicionada y de opción de compra.

Expuso que, de acuerdo con las Resoluciones CREG 122 de 2013 y CREG 130 de 2013, con base en el balance de la UPME, se determinó que se aplicaría el mecanismo de negociación directa para aquellas negociaciones que se realizaron entre el 15 y el 28 de octubre de 2013, de acuerdo con el cronograma establecido.

Agregó que para el año 2014, mediante las Resoluciones CREG 085 y 113 de 2014, igualmente se estableció con base en el balance de la UPME, que el mecanismo a ser utilizado era el de negociación directa, el cual se llevó a cabo entre el 22 de septiembre y el 3 de octubre de 2014, como consecuencia de lo cual se celebraron los contratos de suministro correspondientes.

Narró que, de conformidad con lo establecido en la Resolución CREG 089 de 2013, el incremento de precios observado en las negociaciones de 2014- que era un 25% superior al promedio de 2013- se trasladó a los precios de los contratos con duración de cinco años pactados en 2013.

Observó que, de acuerdo con los respectivos análisis, la CREG expidió la Resolución CREG 183 de 2014, por la cual se concedieron las opciones para modificar los precios de los contratos de suministro a un año suscritos en 2014 y para los contratos a cinco años suscritos en 2013 y se dispuso un plazo para que las partes se acogieran a las referidas opciones.

Manifestó que, en desarrollo de esas opciones de modificación de los contratos se informaron nuevas condiciones de las negociaciones respectivas, por parte de Chevron Petroleum Company y de Ecopetrol.

Indicó que lo anterior dio origen a una serie de reuniones del Ministro de Minas y Energía con los agentes y grandes consumidores para conocer propuestas alternativas de actualización de precios, lo que finalmente llevó a expedir la Resolución CREG 105 de 2015, con base en la cual se ajustaron y modificaron las reglas de actualización de precios. A la contestación de la demandada se anexó el texto de la Resolución citada.

**4.3.3.** Frente a las pretensiones de nulidad, la parte demandada argumentó la ineptitud sustantiva de la demanda, por los errores en la designación de la CREG como parte accionada; la improcedencia de la acción de nulidad, por cuanto no se presentaban los supuestos de infracción de las normas supuestamente vulneradas ni la falsa motivación o la desviación de las atribuciones de la CREG y, finalmente, invocó la ausencia y falta de claridad de las pretensiones impetradas.

#### **4.4. Audiencia inicial**

El 14 de diciembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A.<sup>14</sup>.

En la referida audiencia, la Consejera ponente decidió sobre los asuntos materia de saneamiento de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del citado artículo 180 del C.P.A.C.A.<sup>15</sup> En este punto se refirió a las imprecisiones en el auto admisorio de la demanda en cuanto a la debida representación de las partes, la cual fue saneada y a los gastos del proceso, los cuales ordenó devolver.

Por otra parte, decidió que no prosperaba la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, dado que la Nación –Ministerio de Minas se encontraba debidamente representada, habiendo comparecido a contestar la demanda.

En el punto de fijación del litigio se consideró que en el capítulo correspondiente al concepto de violación se relacionaron las *“normas que según el actor resultan infringidas con la circular demandada”*<sup>16</sup>.

Por su parte, el demandante afirmó que el proceso versaba sobre la nulidad de la Circular 108 de 2014 y en esos términos se tuvo por fijado el asunto objeto del litigio.

---

<sup>14</sup> Folios 90 a 98, cuaderno principal.

<sup>15</sup> “5. Saneamiento. El juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias”.

<sup>16</sup> Folio 93, cuaderno principal.

El Despacho decretó como pruebas las documentales allegadas al plenario y dispuso prescindir de la audiencia de pruebas, dada la naturaleza del medio de control y del asunto que se debatió.

**4.5.** Mediante escrito de 13 de abril de 2016 la parte demandada presentó los alegatos de conclusión.

**4.6.** El **Ministerio Público** conceptuó que se deben negar las pretensiones de la demanda *“en la medida en que ninguno de los cargos violatorios de las disposiciones normativas citadas tiene vocación de prosperidad”*, toda vez que la Circular 108 de 2014 está relacionada con procedimientos previos contenidos en varias resoluciones y circulares que rigen la materia, los cuales no fueron demandados<sup>17</sup>.

El Ministerio Público determinó el problema jurídico en los siguientes términos:

*“¿Con la expedición de la Circular 108 de noviembre 27 de 2014, proferida por la CREG relativa a la ‘publicación de factores de actualización de precios para contratos de suministro’ se vulneraron las disposiciones normativas de los artículos 13 y 334 de la Constitución Política Colombiana y el artículo 2 de la Ley 142 de 1994?”*

Identificó el marco teórico para resolver el problema jurídico mediante la cita de los artículos 137 del CPACA, 13 de la Constitución Política, referido a la igualdad ante la ley, y el artículo 334 de la Constitución Política relacionado con la intervención del Estado en la economía.

El Ministerio Público concluyó que no se evidenció la violación de los artículos 13 y 334 de la Constitución, toda vez que, precisamente, a través de la CREG, en virtud del contenido de la Ley 142 de 1994, el Estado tiene la facultad para establecer lo relacionado con la actualización de precios. En su concepto estimó que no se encuentra transgresión alguna de esas normas en el procedimiento administrativo que se siguió a través de las distintas circulares y resoluciones citadas en la demanda.

**4.7.** La parte demandante guardó silencio en esa oportunidad.

---

<sup>17</sup> Folio 121, cuaderno principal.

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir la sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes consideraciones.

## II. CONSIDERACIONES

La Sala seguirá el siguiente orden de razonamiento en el análisis del caso *sub lite*: **1)** jurisdicción y competencia; **2)** procedencia y oportunidad en el ejercicio del medio de control de nulidad; **3)** legitimación pasiva; **4)** cuestiones previas en relación con el acto acusado; **5)** el caso concreto - análisis de los cargos y **6)** costas.

En las cuestiones previas se ubicará el marco normativo de la competencia de la CREG para expedir la Circular 108 de 2014 y la naturaleza de la referida circular, en orden a estudiar, en el caso concreto, el cargo de violación del artículo 2 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el artículo 334 de la Constitución Política, tal como fue invocado por el demandante.

### 1. Jurisdicción y competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en los términos del numeral 1 del artículo 149 del C.P.A.C.A.<sup>18</sup>, en tanto que las normas acusadas hacen parte de una disposición reglamentaria expedida por una autoridad del orden nacional.

Igualmente, se confirma la competencia para conocer en única instancia, tal como quedó establecido desde el auto que denegó la suspensión provisional, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003<sup>19</sup> -ambos contentivos del Reglamento del Consejo de

---

<sup>18</sup> "Artículo 149 C.P.A.C.A. Competencia del Consejo de Estado en única instancia .El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

"1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden".

<sup>19</sup> Artículo 13.- Distribución de los negocios entre las Secciones.

Estado-, en el cual, entre otras cuestiones, se asignó competencia a la Sección Tercera de esta Corporación para pronunciarse sobre las demandas de nulidad contra actos administrativos sin cuantía, respecto de los temas indicados en el reglamento, expedidos por una autoridad del orden nacional.

## **2. Procedencia y oportunidad en el ejercicio del medio de control de nulidad**

La Sala observa que en el presente caso la parte actora indicó actuar en ejercicio del medio de control de nulidad, el cual, de conformidad con el numeral 1 del artículo 164 del C.P.A.C.A., procede *“en cualquier tiempo”*, cuando se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 del C.P.A.C.A.

Por tanto, se verifica que la demanda fue presentada en forma oportuna, dado que no opera la caducidad del medio de control de nulidad.

Para concluir este aparte, se advierte que, sin perjuicio de las modificaciones que posteriormente se presentaron en relación con las disposiciones contenidas en la circular acusada, la Sala encuentra procedente la acción de nulidad, toda vez que la circular demandada pudo tener efectos jurídicos al amparo de las normas jurídicas vigentes en su momento.

Se concluye que la competencia de esta jurisdicción para conocer sobre la demanda de nulidad no se agota ni decae con ocasión de los actos posteriores de modificación o derogatoria.

## **3. Legitimación pasiva**

En relación con la legitimación pasiva se reitera lo considerado en la audiencia inicial, es decir, que la legitimación de la parte demanda se asumió en debida

---

*“Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:*

*“(…).*

*“Sección Tercera:*

*“1-. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros”.*

forma por la Nación – Ministerio de Minas y Energía – CREG, al contestar la demanda.

#### 4. Cuestiones previas en relación con el acto acusado

##### 4.1. La competencia de la CREG

Con el propósito de ubicar el marco normativo de la circular acusada se evidencia la competencia de la Comisión de Regulación de energía y gas –CREG- para expedir el reglamento de operación del mercado mayorista de gas<sup>20</sup> y, para la época en que se expidió el acto acusado<sup>21</sup>, la facultad de liquidar el factor de ajuste de precios en las negociaciones de que trató la Circular 108 de 2014, objeto de la pretensión de nulidad incoada por la parte actora en el presente proceso.

Dicha competencia se desprende del artículo 365 de la Constitución Política y los artículos 14<sup>22</sup> y 69<sup>23</sup>, 73 y 74<sup>24</sup> de la Ley 142 de 1994, tal como lo ha observado la

---

<sup>20</sup> Resolución CREG 089 de 2013. Definiciones: “*Reglamento de operación de gas natural: Conjunto de principios, criterios y procedimientos para regular el funcionamiento del mercado mayorista de gas natural. El reglamento de operación comprende varios documentos sobre los temas del funcionamiento del sector gas natural*”.

<sup>21</sup> El anexo 4 de la Resolución CREG 089 de 2013, fue modificado por la Resolución CREG 105 de 2015.

<sup>22</sup> Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.28. Servicio público domiciliario de gas combustible. Es el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición. **También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de comercialización** desde la producción y transporte de gas por un gasoducto principal, o por otros medios, desde el sitio de generación hasta aquel en donde se conecte a una red secundaria” (la negrilla no es del texto).

<sup>23</sup> “Artículo 69. Organización y naturaleza. Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes Comisiones de regulación:

“(…)

“69.2. Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

“Parágrafo. Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo”.

<sup>24</sup> “Artículo 73. Funciones y facultades generales. (...).

Corte Constitucional al acotar el alcance de las potestades de las comisiones de regulación<sup>25</sup>, en la siguiente forma:

*“Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. **Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.***

*“**La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.***

*“Al tenor de los criterios precedentes, la Corte sólo encuentra una interpretación de los artículos 14-18<sup>26</sup> y 69 de la citada Ley, que resulta*

---

*“73.12. Determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y definir, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse "grandes usuarios.*

*“(…).*

*“73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.*

*“Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:*

*“74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.*

*“a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.*

*“(…).*

*“c) Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible”.*

<sup>25</sup> Sentencia C-1162/00, referencia: expediente D-2863, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 69, 128 y 129 de la Ley 142 de 1994, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, sentencia de 6 de septiembre de 2000, Sala Plena de la Corte Constitucional.

<sup>26</sup> Se agrega esta cita para mayor claridad: “Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...). 14.18. Regulación de los servicios públicos domiciliarios. La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos

*acorde con el Ordenamiento Superior y, en consecuencia, declarará constitucionales esas normas, pero bajo el entendido de que la facultad reguladora asignada a las comisiones se debe ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta -y siempre que se dé la previa delegación por parte del Presidente de la República (artículos 211 C.P. y 68 de la Ley 142 de 1994), facultad que esta Corporación encontró acorde con la Constitución (Cfr. sentencias C-272 de 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero y C-444 de 1998. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara)-, es decir para "señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.*

*"(...).*

*"Además, según lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y, como anteriormente se indicó, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. De igual forma, la Carta señaló en el artículo 367 que el legislador debía fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y dispuso que el régimen tarifario tuviera en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos".*

Igualmente, se puede precisar que, mediante la Resolución CREG 089 de 2013<sup>27</sup>, la CREG reglamentó aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural<sup>28</sup>, estableciendo, entre otros, las condiciones que debían cumplir los agentes en el citado mercado para comercializar el gas y el reporte de la información correspondiente a sus transacciones.

Se observa que en el anexo 4 de la referida Resolución CREG 089 se fijaron las fórmulas de actualización de precios que fueron aplicadas en la Circular 108 de 2014 para las negociaciones efectuadas en 2013, las cuales se ajustaron de

---

*de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos". Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1162 de 2000, "sólo en los términos de esta providencia. Bajo cualquiera otra interpretación dicha norma se declara INEXEQUIBLE".*

<sup>27</sup> "Por la cual se reglamentan aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural, que hacen parte del reglamento de operación de gas natural".

<sup>28</sup> De acuerdo con las definiciones contenidas en la citada resolución CREG 089: "Mercado mayorista de gas natural: conjunto de transacciones de compraventa de gas natural y/o de capacidad de transporte en el mercado primario y en el mercado secundario. También comprende las transacciones de intermediación comercial de la compra, transporte y distribución de gas natural y su venta a usuarios finales. Estas transacciones se harán con sujeción al reglamento de operación de gas natural".

acuerdo con los resultados de la negociación directa de gas natural que se realizó en octubre de 2014.

#### 4.2. La naturaleza de la circular acusada

La Circular 108 de noviembre 27 de 2014, expedida por la CREG, tiene la naturaleza de un acto administrativo en sentido orgánico y material<sup>29</sup>, toda vez que proviene de una autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones y contiene una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración llamada a producir efectos jurídicos sobre las negociaciones de suministro de gas sometidas al respectivo acto.

Se agrega que la citada circular es pasible de ser impugnada a través del medio de control de nulidad, en los términos del inciso tercero del artículo 137 del C.P.A.C.A., en el cual se dispuso:

*“También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.*

Se acoge la jurisprudencia del Consejo de Estado, que fue reiterada frente al análisis de los criterios introducidos en el artículo 104 del C.P.A.C.A., con base en la cual se advierte que esta jurisdicción debe conocer de las demandas de nulidad

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, sentencia de 14 de abril de 2016, radicación número: 11001-03-27-000-2008-00023-00, actor: Carlos Alberto Castilla Murillo, demandado: Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria – CORPOICA, norma demandada: circular reglamentaria 006 de 2007 (25 de octubre) numeral 1 (anulado) numeral 3 inciso 4 (anulado)

*“Según el criterio subjetivo, un acto será administrativo siempre que emane de un ente perteneciente a la Administración Pública. La distinción entre personas públicas y personas privadas y las diferencias entre el régimen jurídico y las actividades desarrolladas por cada una de ellas están en la base de este parámetro. Al tenor del criterio objetivo, por otra parte, la calificación de un acto jurídico como administrativo requerirá que se verifique en él una realidad material específica, a saber: el ejercicio de una prerrogativa pública, entendida como la facultad que le confiere el ordenamiento jurídico a un sujeto para imponer su voluntad frente a otros”. (...). Si bien cada uno de estos criterios por sí mismo ha podido justificar en otro tiempo la necesidad del reconocimiento y aplicación de un tratamiento diferenciado y, en suma, de régimen jurídico distinto (i. e. de Derecho Administrativo), encuentra la Sala que en la actualidad, aisladamente considerados, no ofrecen suficientes elementos de juicio para cumplir su misión; razón por la cual se impone su utilización conjunta. Dadas las visibles limitaciones que cada uno de ellos presenta en la realidad actual, en la que se ha disuelto el monopolio público antes existente sobre el interés general (vid. artículo 365 de la Constitución) y ya no solo sujetos públicos ostentan la calidad de autoridades (artículo 210 párr. 2º de la Constitución y artículos 1º del CCA y 2º del CPACA) ni ejercen en solitario prerrogativas públicas, la cualificación de un acto como administrativo, allí donde no sea claro que se trata de una decisión adoptada en ejercicio de una función administrativa (como ocurre en el sub iudice), debe obedecer a la aplicación sucesiva de estos criterios, hoy complementarios. En últimas, un acto administrativo será siempre expresión del ejercicio de esta peculiar función pública; motivo por el cual no deben quedar dudas sobre la cualificación como tal del actuación que engendra el acto enjuiciado”.*

contra los “*actos sujetos al derecho administrativo*”, entre otros, las circulares expedidas por las entidades públicas cuando se presente alguno de los siguientes factores: **i)** produzcan un efecto jurídico de carácter definitivo<sup>30</sup> o **ii)** constituyan actos expedidos en desarrollo de una función administrativa<sup>31</sup>.

Igualmente, se reafirma la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a que no procede la demanda de nulidad cuando las circulares contienen actos de trámite<sup>32</sup>, caso en el cual debe impugnarse el acto de carácter definitivo.

### 4.3. Competencia de la jurisdicción para conocer de la demanda

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: Victor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 3 de noviembre de 2011, radicación número: 11001-03-25-000-2009-00050-00(0999-09), actor: Oscar Alfonso García Villa y otros - norma anulada: circular conjunta 000002 de 2009 (8 de enero) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de la Protección Social - inciso 4. En esa sentencia se razonó sobre el alcance de la circular, así:

*“Al momento en que se profirió el acto acusado suscrito por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, era evidente la infracción que se estaba cometiendo al confrontarla con la Ley 1250 de 2008, ya que se imponía al pensionado un gravamen más alto, esto es, el 12.5%, en el periodo comprendido entre los meses de enero y noviembre de 2008, sin tener en cuenta que dentro de este periodo, la citada Ley dispuso que era solamente del 12%.*

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, sentencia de 27 de noviembre de 2014, radicación Núm.: 05001 23 33 000 2012 00533 01, Actor: Asociación de Institutores de Antioquia – ADIDA, medio de control: nulidad.

La disposición que fue objeto del recurso de nulidad, estudiado de fondo en el caso sub júdice fue la Circular No. 00060 de 3 de febrero de 2012, expedida por la Secretaria de Educación del departamento de Antioquia en relación con la jornada laboral docente. En esa providencia se consideró:

*“En consecuencia, en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho y de una mayor materialización del propósito perseguido por el legislador al definir la efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico como objeto de la jurisdicción (artículo 103 CPACA) y a los ‘actos (...) sujetos al derecho administrativo’ como parte del ámbito de sus competencias (artículo 104 CPACA), y en virtud de la interpretación literal y sistemática de lo previsto por el párrafo 3º del artículo 137 CPACA y de las consideraciones antes expuestas sobre la predilección de la hermenéutica que promueva el efecto útil de las disposiciones normativas que controlan el ámbito de actuación del contencioso administrativo, entiende la Sala que **toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expiden, se encuentra sujeta al control de los jueces de la Administración**’ (la negrilla no es del texto).*

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, auto de primero de octubre de 2014, actor: Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Es importante hacer notar que, aunque la Circular 108 de 2014 se referenció como un acto de publicación de los precios que resultaron de aplicar la fórmula de ajuste definida en la Resolución CREG 089 de 2013, tal publicación contiene una fijación de los valores concretos definidos para el numerador de la fórmula de ajuste y, en tal medida, esa circular creó una situación con efectos jurídicos propios e independientes para el ajuste de los precios en los contratos con un duración superior a un año, pactados durante la comercialización de gas de 2013.

Por esa razón, la Circular 108 de 2014 constituyó un acto definitivo susceptible de demanda de nulidad en forma separada y no puede clasificarse como un acto de trámite.

En este orden de ideas, la Sala se aparta de una referencia del concepto de la Procuraduría General de la Nación, emitido por su delegado en este proceso, en cuanto estimó que la parte actora ha debido impugnar las resoluciones que fueron citadas en los hechos de la demanda y en los considerandos de la Circular 108 de 2014. No se comparte esa apreciación del Ministerio Público, toda vez que dichas resoluciones contenían un reglamento general de operación y en el presente caso no se impugnó la fórmula definida en dichas resoluciones, sino la fijación de los valores de ajuste establecidos en la referida circular.

Se estima que no era imperativo demandar la nulidad de la Resolución CREG 089 de 2013, por la cual se reglamentaron *“los aspectos comerciales del mercado mayorista de gas natural”*, ni las ecuaciones de actualización de precios definidas en el anexo 4 de la referida Resolución, en los litigios que no se refirieran a las disposiciones del respectivo reglamento.

Por lo anterior, la Sala considera que en la demanda sub júdice el cuestionamiento de la Circular 108 de 2014 integró una proposición jurídica completa que -pese al estilo de la configuración de la demanda- cumplió con la suficiente individualización de las pretensiones y permitió la identificación del cargo respectivo. En este orden de ideas, se considera cumplido el presupuesto de la demanda en forma.

Lo anterior, sin perjuicio de que para el entendimiento de los cargos de nulidad deba acudir al análisis de las disposiciones de la CREG contentivas del reglamento de operación de las negociaciones.

## 5. El caso concreto

El **problema jurídico** se formula de la siguiente manera:

*“¿Con la expedición de la Circular 108 de noviembre 27 de 2014, proferida por la CREG relativa a la ‘publicación de factores de actualización de precios para contratos de suministro’ se vulneraron las disposiciones normativas del artículo 334 de la Constitución Política y del artículo 2 de la Ley 142 de 1994, en cuanto dichas normas establecen la intervención de la CREG con base en la distribución equitativa?”*

### 5.1. Alcance del artículo 334 de la Constitución Política

En primer lugar se advierte que la Circular 108 de 2014 se identifica como un acto administrativo expedido dentro de las facultades de la CREG desplegadas con apoyo en la Ley 142 de 1994, al amparo del artículo 74 de la referida ley, tal como se desprende de la sentencia C-263 de 2013<sup>33</sup>, así:

*“Adicionalmente, el artículo 334 Superior (modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011), asigna al Estado la dirección general de la economía y le impone el deber de intervenir, por mandato de la ley (...) en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

*“Significa lo anterior que las restricciones a las libertades económicas han de tener origen y fundamento en la ley, aun cuando ello no excluye la intervención de otras autoridades para regular su ejercicio. En este sentido, refiriéndose justamente a la prestación de servicios públicos domiciliarios, la Corte ha advertido que en el Estado Social de Derecho la libertad económica no es de carácter absoluto, por cuanto además de la empresa, la propiedad también es una función social (Art.58 CP) y (...) la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo (Art. 333 CP)<sup>19</sup>. Con base en ello la Corte ha precisado que, en consecuencia su ejercicio está sometido no sólo a las pautas generales que fije el legislador, a las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que dicte el Presidente, sino también a las directrices que les señalen las Comisiones de Regulación<sup>20</sup>.*

---

<sup>33</sup> En esa decisión la Corte Constitucional declaró “**EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión ‘La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de la empresa en el mercado’, contenida en el literal a) de los artículos 74.1 y 74.2 de la Ley 142 de 1994”.

De esta forma, tal como lo expone el Ministerio Público en su concepto, el artículo 334 de la Constitución Política no se encuentra vulnerado con la Circular 108 de 2014, sino que, por el contrario, lo que se observa en este proceso es que la Circular 108 aplicó una regla de intervención en el ajuste de precios, que estaba permitida a la CREG, bajo una ecuación financiera que se fundaba en un precio promedio por fuentes ubicadas en distintas regiones, de manera que no se desconoció la respectiva disposición.

## 5.2. Cargo por violación del artículo 2 de la Ley 142 de 1994

### 5.2.1. Análisis del factor de actualización de precios

Para el análisis del cargo de ilegalidad por violación del artículo 2 de la Ley 142 de 1994, en cuanto esa norma disponía una intervención de la CREG en forma equitativa – según lo expuesto en la demanda-, la Sala precisa que la ecuación definida para el ajuste de precios de acuerdo con el anexo 4 de la Resolución CREG 089 de 2013, se fijó con fundamento en la siguiente fórmula:

$$P_{Tf,d,ai} = P_{Tf,d,a1} \times \left( \frac{\bar{P}_{CFf,1,ai}}{\bar{P}_{CFf,1,a1}} \right)$$

En términos sencillos, la anterior fórmula definía el ajuste anual de los precios del gas contratado (P) con base en el factor correspondiente a la razón matemática entre el precio promedio ponderado por cantidades de los contratos de un año “ai” (numerador) y el precio promedio de los contratos celebrados en el año siguiente “a1” (denominador).

Se debe precisar que, de acuerdo con el anexo 4, el componente “T”, indicaba que la ecuación se aplicaba a los contratos agrupados de acuerdo con su modalidad, la cual podía ser: contrato firme (CF), contrato de suministro con firmeza condicionada (CFC) o el contrato de opción de compra de gas (OCG).

Es de la mayor importancia hacer notar que el precio promedio de la ecuación de ajuste se calculaba con base en los valores reportados para los contratos de cada fuente “(f)”.

De acuerdo con la Resolución CREG 089, la “fuente” correspondía al campo o punto de entrega respectivo.

El promedio ponderado de precios utilizado para determinar el factor de actualización se expresaba en dólares de los Estados Unidos de América por *BTU*, que era la unidad de medida utilizada por la regulación, en términos de millones por día –*MBTU*-<sup>34</sup>.

Para un mejor entendimiento de los aspectos financieros del valor de ajuste establecido en la circular acusada, en el siguiente cuadro se muestra a continuación el concepto definido para el valor del numerador en la ecuación financiera prevista en el anexo 4 del reglamento contenido en la Resolución CREG 089 de 2013 y se compara con el fijado en la Circular 108 de 2014 – demandada en este proceso.-.

Se advierte la consistencia entre los dos actos, en cuanto que el concepto que se definió en la Resolución CREG 089 corresponde al que se desarrolló en la Circular 108 de 2014, para definir el valor del numerador de la fórmula antedicha, el cual se aplicó a las negociaciones pactadas en el año 2013, por cada campo o fuente, así:

| RESOLUCIÓN CREG 089 DE 2013  | CIRCULAR 108 DE 2014  |
|--|---|
| $P_{CF,1,ai}$<br>Corresponde al “Promedio ponderado por cantidades de los precios de los contratos firmes, de la fuente <i>f</i> , con duración de un (1) año, negociados para el año ‘ <i>ai</i> ’ Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por <i>MBTU</i> .<br><br>“ <i>ai</i> :<br><br>“Año durante el cual se aplicará el precio de gas natural. El año iniciará un 1 de diciembre y terminará el 30 de noviembre siguiente. <b>La variable <i>i</i> tomará los valores de uno (1) a <math>d^{35}</math>, Siendo ‘<i>ai</i>’ el primer año</b> | “De acuerdo con la información reportada por parte de los vendedores de gas natural, (..) sobre los resultados de las negociaciones directas de gas natural <b>realizadas en octubre de 2014</b> (...) a continuación se presentan <b>los valores del numerador</b> del factor de actualización <b>para los precios de contratos con duración superior a un (1) año pactados durante la comercialización de gas de 2013.</b><br><br><b>“A.</b> Para contratos con duración superior a un (1) año que hayan sido celebrados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Resolución CREG 089 de |

<sup>34</sup> De acuerdo con las siglas adoptadas en el artículo 5 de la Resolución CREG 089 DE 2013 “BTU: Abreviatura de *British Thermal Unit*. MBTU: Millón de BTU. MBTUD: Millón de BTU por día”.

<sup>35</sup> Duración del contrato de suministro.

|  |  |
|--|--|
| <p><b>de vigencia del contrato</b> objeto de la actualización de precios”.</p> | <p>2013<sup>36</sup>, cuando en el año 2014 se negocien contratos firmes de la misma fuente con duración de un (1) año:</p> $P_{CFf,1,a_2}$ <p><math>P_{CFf,1,a_2}</math>: Promedio ponderado por cantidades de los precios de los contratos firmes, de la fuente <math>f</math>, con duración de un (1) año, negociados para el año <math>a_2</math>. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU.</p> <p><math>a_2</math>: Año durante el cual se aplicará el precio del gas natural. El año se iniciará un 1 de diciembre y terminará el 30 de noviembre siguiente. La variable <math>i</math> tomará los valores de uno (1) a <math>d</math>. <math>a_2</math> <b>corresponde al segundo año de vigencia, de diciembre de 2014 a noviembre de 2015</b>, de los contratos negociados a más de un (1) año <b>en la comercialización de 2013</b>”.</p> |
|--|--|

Por su parte, el concepto de “fuente” fue utilizado de forma consistente entre lo dispuesto en la Resolución CREG 089 de 2013 y lo aplicado en la Circular 108 de 2014, así:

| RESOLUCIÓN CREG 089 DE 2013   | CIRCULAR 108 DE 2014  |
|---|---|
| <p>“<math>f</math>: Punto de entrega del gas natural contratado. Se entenderá por punto de entrada el campo, punto de entrada al SNT o punto SNT que corresponda al sitio de inicio o terminación de alguno de los tramos de gasoductos definidos para efectos tarifarios”.</p> | <p>“1) Para punto de entrega del gas natural contratado, <math>f</math>, <b>ubicado en el punto de entrada al SNT en Ballena</b>, el promedio ponderado de los contratos firmes con duración de un (1) año corresponde a:</p> $P_{CFf,1,a_2} = 5,4529 \text{ USD/MBTU}$ <p>“2) Para punto de entrega del gas natural contratado, <math>f</math>, <b>ubicado en el punto de entrada al SNT en Cusiana, para el gas proveniente de los campos de Cusiana y de Cupiagua</b>, el promedio ponderado</p> |

<sup>36</sup> “Negociación según balance de la UPME”.

|  |   |
|--|---|
|  | <p>de los contratos firmes con duración de un (1) año corresponde a:</p> <p><math>P_{CF,1,02} = 3,4478 \text{ USD/MBTU}</math>.</p> |
|--|---|

Se observa que la fórmula de ajuste funcionaba con base en los reportes de la UPME sobre las negociaciones de cada año, discriminados por fuentes.

Así las cosas, la brecha que plantea el demandante -como vulneración de la Ley 142 en relación con la equidad entre las distintas regiones- se refiere al incremento porcentual del precio de las negociaciones con punto de entrada en el campo Ballenas, frente al que arrojaron las negociaciones del campo Cusiana, dado que el factor de ajuste de precios del primero resultó más alto.

La parte actora presentó en la demanda un cuadro que enfrenta los precios base del ajuste de dos campos, mostrando la evolución del factor del numerador, así:

|  | Precio promedio Circular<br>059 | Precio promedio Circular<br>108 |
|--|---------------------------------|---------------------------------|
| BALLENA                                | 4,3566 USD/MBTU                 | 5,4529 USD/MBTU                 |
| CUSIANA - CUPIAGUA                     | 3,5581 USD/MBTU                 | 3.4478 USD/MBTU                 |
| BRECHA BALLENA<br>CUSIANA (diferencia) | -0,7985 USD/MBTU                | +2,0051 USD/MBTU                |
| % BRECHA BALLENA<br>CUSIANA/ CUSIANA   | 22.4%                           | 58.1%                           |

Se observa que el demandante no argumentó que la ecuación de ajuste precios estuviera mal concebida o mal aplicada - caso en el cual tendría que haber demandado la Resolución No. 089 de 2013 y la Circular 059 de 2013- sino que enfocó los cargos sobre la Circular 108 de 2014, indicando que arrojó una inequidad en los ajustes de precios impuestos en la circular demandada.

Sin embargo, el anterior análisis de los precios comparados en los dos campos relacionados demuestra un comportamiento del mercado, mas no una violación al principio de equidad invocado en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994, dado que en el reglamento y en la Circular 108 el criterio de equidad de los ajustes se fundó en

la relación matemática de los precios promedio del suministro de una misma fuente o campo, entre 2013 y 2014.

La argumentación de la parte actora no lleva a concluir sobre la ilegalidad de la circular acusada, toda vez que – se repite- el factor de ajuste no estaba desprovisto de una regla de equidad, dado que se calculaba de acuerdo con los precios promedio ponderado de las negociaciones directas que acordaron las partes en los respectivos contratos de suministro de gas con fuente en el mismo campo.

Se puntualiza que el comportamiento del precio promedio ponderado de un año a otro constituyó un factor de ajuste proporcionado a la variación de las negociaciones de la misma fuente.

Lo anterior lleva a desestimar la pretendida ilegalidad imputada por el demandante a la Circular 108, sin perjuicio de las opciones, las precisiones de redacción y los cambios que se pudieron introducir en las regulaciones posteriores adoptadas por la CREG<sup>37</sup>, según reseñó la parte demandada en este proceso.

**5.2.2.** No procede aplicar una excepción de inconstitucionalidad frente a la Circular 108 de 2014, toda vez que los documentos de análisis obrantes en el plenario demuestran que la referida circular se aplicó sin violación del principio de equidad.

Puede observarse que en este caso el cargo expuesto en la demanda no cumple con el grado de concreción que se exige para que la autoridad administrativa o jurisdiccional pueda aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Se afirma lo anterior teniendo en cuenta que a la luz de los requisitos señalados por la Corte Constitucional, *“la excepción de inconstitucionalidad está condicionada a que se cumplan dos criterios: primero, que la norma no haya sido estudiada en sede de control abstracto de constitucionalidad y, segundo, que se constate que la aplicación de dicha norma en el caso concreto provocaría efectos*

---

<sup>37</sup> En la fórmula de la Resolución 105 de 2015, posterior a fijación de precio de la circular demandada, se describió el siguiente factor: *“Promedio nacional, ponderado por cantidades, de los precios de los contratos firmes de todas las fuentes de suministro, con duración de un (1) año, negociados para el año ‘ai’ en aplicación de los mecanismos de comercialización establecidos en el artículo 24 de la presente resolución. Este valor se expresará en dólares de los Estados Unidos de América por MBTU”.*

*inconstitucionales tales como la eventual vulneración de derechos fundamentales*<sup>38</sup>.

La contradicción o incompatibilidad de la disposición normativa con la Carta Política no resulta manifiesta o evidente, dado que en la demanda se invocó un principio abierto<sup>39</sup> que también pudo cumplirse con la fórmula de ajuste de precio, amén de que su aplicación versaba sobre el ajuste de precios a las negociaciones realizadas por partícipes en el mercado mayorista y no sobre las tarifas del gas que se cobraban a los usuarios.

Tampoco se encuentra infracción de la norma legal referida a la equidad en la regulación del mercado de gas, dado que la ecuación financiera de ajuste de precios se aplicaba respecto de las negociaciones de los *“puntos de entrega del gas natural contratado”* que, por supuesto, estaban afectadas por condiciones de mercado diversas en cada uno de los campos. Es decir que no se trató de una decisión desprovista de un criterio de equidad toda vez que se basó en negociaciones ciertas en el respectivo punto de entrega, lo cual precisamente daba un tratamiento específico a los contratos en el campo Ballenas en su respectiva región.

**5.2.3.** Por último, se agrega que los argumentos sobre las condiciones de mayor pobreza en las que se encontraban los usuarios finales del servicio de gas y el mayor valor que habrían tenido que soportar en la Región Caribe no se acreditaron en el proceso, ni se concretaron como un cargo de nulidad según lo expuesto en esta providencia, toda vez que la misma era aplicable en el mercado mayorista de gas natural<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> T-043 de 2016. En dicha providencia, para un caso concreto, se resolvió amparar el derecho de una beneficiaria de subsidios pensionales. Se cita a su vez la sentencia T-508 de 2015, para otro caso, referido al amparo del subsidio de subsistencia para madres comunitarias retiradas. En el mismo sentido, se puede citar la sentencia T-681 de 2016, relacionada con el subsidio municipal para vivienda de interés social. Con base en estas providencias, se resalta como aplicable al presente asunto el análisis de la excepción de inconstitucionalidad, el cual, también ha sido expuesto por esta Subsección, por ejemplo, en auto de 24 de mayo de 2018, Consejero Ponente: María Adriana Marín, radicación número:110010326000-2017-00088-00(59535), actor: Productos Químicos Panamericanos S.A., demandado: Nación – Agencia Nacional de Minería, referencia: nulidad y restablecimiento del derecho (Ley 1437 de 2011), acción referida al amparo administrativo en la legislación minera.

<sup>39</sup> La equidad como principio de intervención del Estado.

<sup>40</sup> El cargo no identificó ningún indicador económico que resultara aplicable al caso concreto, amén de que no se podría construir un argumento invocando las estadísticas y mediciones sobre pobreza y necesidades insatisfechas a las reglas de precio del gas en el mercado mayorista.

En este orden de ideas, de la misma forma en que se advirtió en el auto que denegó la suspensión provisional, se desecha el argumento del demandante sobre la afectación de una población en condiciones de inequidad.

Como consecuencia, se denegarán las pretensiones de nulidad de la Circular 108 de 2014 expedida por la CREG.

## **6. Costas.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A<sup>41</sup>, en el presente proceso no hay lugar a la imposición de costas, dado que las pretensiones se refirieron a la nulidad simple de la Circular 108 de 2014 y, por tanto, a la custodia de la legalidad que constituye un interés público.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

### **FALLA:**

**PRIMERO: Denegar** las pretensiones de la demanda de nulidad de la Circular 108 de 2014 expedida por la CREG.

**SEGUNDO: Sin** condena en costas.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARIA ADRIANA MARÍN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

---

<sup>41</sup> “Artículo 188 C.P.A.C.A. *Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*” (la negrilla no es del texto).