

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., siete (7) de mayo de dos mil quince (2015)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Exp.núm.25000232400020010053502
Asunto: apelación sentencia
Actores: GASES DE ANTIOQUIA S.A. E.S.P. Y OTROS.

Procede la Sala a decidir en única instancia el proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovieron las sociedades GASES DE ANTIOQUIA S.A. E.S.P., GAS BOYACÁ S.A. E.S.P., COLGAS DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., GAS DE SANTANDER S.A. E.S.P., COMPAÑÍA COLOMBIANA DE GAS S.A. E.S.P., COMPAÑÍAS ASOCIADAS DE GAS S.A., EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS ASOGAS S.A. E.S.P., MONTAGAS S.A. E.S.P., NORTESANTANDEREANA DE GAS S.A. E.S.P., GAS ROSARIO S.A. E.S.P., PLEXA S.A. E.S.P., GAS SUMAPAZ S.A. E.S.P., GAS GOMBEL S.A. E.S.P., UNIGAS DEL PACÍFICO S.A. E.S.P., GASES DEL META, GAS PUERTO LÓPEZ S.A. E.S.P., SURGAS S.A. E.S.P., PRONTOGAS S.A. E.S.P., SOLGAS S.A. E.S.P., ELECTROGAS S.A. E.S.P., CENTRO GAS S.A. E.S.P., GAS

CASANARE S.A. E.S.P., GAS CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., GASES LADINO S.A. E.S.P., DISGAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., GAS NEIVA S.A. E.S.P., INTERGASES DEL PACÍFICO S.A. E.S.P., GASES DEL CHICAMOGA S.A. E.S.P., GASES DE GIRARDOT S.A. E.S.P., INDUSTRIAS PROVEEDORAS DE GAS S.A. , EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. E.S.P., GAS MILENIO S.A. E.S.P., GASES DEL NORTE S.A. E.S.P., MAKROGAS S.A. E.S.P., GAS CAMARGO S.A. E.S.P., RAMÍREZ GONZÁLEZ ROJAS Y CÍA S.C.A. E.S.P., GRANADOS GÓMEZ Y CIA. S.A. E.S.P., CARTAGAS S.A. E.S.P., MARCHAGAS DE CALDAS S.A. E.S.P., GRUPO GASES DE CALDAS S.A. E.S.P., GAS SOATÁ S.A. E.S.P., UNIGAS COLOMBIA S.A. E.S.P., LIDAGAS S.A. E.S.P., PORTAGAS S.A. E.S.P., MOREGAS S.A. E.S.P., GAS CORDILLERA S.A. E.S.P., GAS ARAUCARIA S.A. E.S.P., ISAGAS S.A. E.S.P., PERLAGAS DE OCAÑA S.A. E.S.P., AVIGAS S.A. E.S.P., CALIGAS S.A. E.S.P. G.L.P. NORANTIOQUIA S.A. E.S.P., GAS OCAÑA S.A., LLAMAGAS S.A. E.S.P., GAS GUALIVA S.A. E.S.P., AUTOGAS S.A. E.S.P. , GAS VALLE DE TENZA S.A. E.S.P., UNDIGAS S.A. E.S.P., DISTRIGASES DE GUADUAS S.A. E.S.P., GAS DEL META S.A. E.S.P., GAS ZIPA S.A. E.S.P., ENERGAS S.A. E.S.P., SUPERGAS DEL LLANO S.A. E.S.P., RAYOGAS S.A. E.S.P., GAS DEL ARIARI S.A. E.S.P., GAS DEL RIO SUÁREZ S.A. E.S.P., GAS WILCHES S.A. E.S.P., VELOGAS S.A. E.S.P., LUSTRIGAS S.A. E.S.P., GAS SANTA ROSA DEL SUR S.A. E.S.P., SUPERGAS DE NARIÑO S.A. E.S.P., MOSAGAS S.A. E.S.P., GAS UNIÓN LIMITADA, GASES DEL SUR DE SANTANDER S.A. E.S.P., GAS DEL PAÉZ S.A. E.S.P., ALPROGAS S.A. E.S.P. a través de apoderado, contra las Resoluciones

núms. 010 de 20 de febrero de 2001 "Por la cual se modifica la fórmula tarifaria para determinar el precio al usuario final del servicio público domiciliario de gases licuados del petróleo (GLP), expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas y 044 de 7 de mayo de 2001, por la cual se establecen fórmulas tarifarias de las actividades de los distribuidores de los gases licuados del petróleo en cilindros de 30 libras y 80 libras nominales y las fórmulas tarifarias para determinar su precios de venta al público.

Como consecuencia de lo anterior la parte actora solicita le sean reconocidos los perjuicios causados (daño emergente y lucro cesante) en los términos y cuantías señalados en la demanda y los que se lleguen a probar en el curso del proceso.

I. LA DEMANDA

Los actores solicitan se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA.- Declarar la **nulidad** de la Resolución 010 de 20 de febrero de 2001, "por la cual se modifica la fórmula tarifaria para determinar el precio al usuario final del servicio público domiciliario de Gases Licuados del Petróleo (GLP)", expedida por la Comisión de Regulación

de Energía y Gas -CREG, publicada en el Diario Oficial No. 44.342 de 28 de febrero de 2001.

SEGUNDA.- Declarar la **nulidad** de la Resolución 044 de 7 de mayo de 2001, *"por la cual se establecen las fórmulas tarifarias de las actividades de los distribuidores de los gases licuados del petróleo (GLP) en cilindros de 30lbs. Y 80 lbs. Nominales y las fórmulas tarifarias para determinar su precio de venta al público"*, publicada en el Diario Oficial 44.453 de 12 de junio de 2001.

TERCERA.- Como consecuencia de las declaraciones de nulidad solicitadas, se ordene a la parte demandada restablecer el derecho que les ha sido desconocido con el pago de las indemnizaciones por los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) que se les han ocasionado y que se les causen a cada uno de ellos, en los términos y cuantías que se expresan en el aparte correspondiente de la demanda y los que se lleguen a probar en el trascurso del proceso.

CUARTA.- Como consecuencia de las citadas declaraciones, se oficie a las autoridades competentes, para que adelanten los juicios fiscales respectivos contra los funcionarios que adoptaron las decisiones atacadas, y se promuevan las respectivas acciones de repetición (arts. 6, 90 de la C.P: y 77 y 78 del C.C.A. y demás disposiciones concordantes.

2. Hechos en que se funda la demanda.

1. La industria del gas licuado del petróleo (GLP) conocido como "gas propano", se distribuye como combustible en cilindros en áreas rurales y a familias de escasos recursos como energético sustituto de la energía eléctrica y de la leña empleada para la cocción de alimentos.

2. De conformidad con la Ley 1ª de 1984, el Ministerio de Minas y Energía tenía la potestad para reglamentar todas las actividades referentes a esta industria, incluyendo el margen de comercialización de los distribuidores de GLP denominado rendimiento, así se continuó bajo la expedición del Decreto 2119 de 1992, que reestructuró el Ministerio de Minas y Energía.

3.- Con la expedición de la Ley 14 de julio 11 de 1994, el Gobierno en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 de la Ley 142 de 1994, profirió el 24 de enero de 1996, dictamen en relación con la naturaleza del servicio de distribución de gas líquido GLP y las competencias para la regulación, control, vigilancia y sanciones del servicio de distribución de gas líquido, aplicable a la distribución del GLP y con base en él, la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG, comenzó a regular la actividad económica relacionada con el GLP; sin embargo, con la expedición de la Ley 401 de 1997, la

actividad relacionada con la distribución del GLP, no le es aplicable la Ley 142 de 1994.

No obstante, la CREG hizo caso omiso de lo dispuesto en la citada ley y continuó sosteniendo que las actividades del GLP eran un servicio público domiciliario.

A partir de la expedición de la Ley 401 de 1997, se definió que el servicio público de gas combustible, es aquel que se presta por red física, es decir por gasoducto y no le es aplicable la Ley 142 de 1994 para los casos de distribución por cilindros de GLP, luego la CREG no tiene competencia sobre la industria del GLP.

Aún admitiendo en gracia de discusión la aplicabilidad de la Ley 142 de 1994 a la industria de la distribución de cilindros de GLP, el acto acusado vulnera sus reglas, pues el término de vigencia de cinco años de las fórmulas tarifarias ha sido irrespetado por la CREG en violación del artículo 126 de la Ley 142 de 1994, de la cual la CREG deriva su competencia regulatoria. Además, la CREG tuvo en cuenta el denominado "rendimiento", que se encontraba considerado en la fórmula tarifaria anterior, al determinar unos cálculos de conversión entre las medidas de peso y densidad con las medidas de volumen, teniendo en cuenta la composición propia del GLP que se obtiene en el país, la cual varía de campo en campo.

De acuerdo con los antecedentes contenidos en otras resoluciones, existen una gran cantidad de factores endógenos y exógenos que no se han tenido en cuenta en los márgenes de comercialización de GLP, que reducen la ya baja rentabilidad de estas empresas de GLP, tanto así que el deterioro de los márgenes, ha hecho que en los últimos seis años han desaparecido más de cien empresas.

4.- En relación con los "rendimientos", la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG desde 1995 sostuvo que el denominado rendimiento hace parte del margen de comercialización.

5.- Una vez expedida la Resolución CREG 010 de 2001, la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, único gran comercializador en Colombia, envió comunicaciones a la CREG y al Departamento Nacional de Planeación, explicando las razones técnicas y económicas de la inconveniencia de la medida y AGREMGAS presentó ante la CREG solicitud de revocatoria directa de la Resolución CREG 010 de 2001, exponiendo motivos de inconveniencia e ilegalidad de la misma.

Mediante escritos del 20 y 25 de abril de 2001 la CREG responde al Director Ejecutivo de AGREMGAS, en relación con la solicitud de suspender inmediatamente la aplicación de la Resolución 010 de 2001 mientras se revisa toda la estructura tarifaria del GLP, señalando que ello no es posible sin agotar la actuación prevista

en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, es decir que la CREG aplica el procedimiento administrativo determinado por la ley en una sola vía, eximiéndose ella misma de su cumplimiento, en violación flagrante del ordenamiento jurídico. Ello se pone en evidencia cuando la CREG responde que en materia de servicio domiciliario de gas combustible, ninguna norma prevé que la CREG deba consultar proyectos de decisión relativos a la modificación de fórmulas tarifarias por error grave de cálculo.

3.- Normas violadas y concepto de la violación.-

La parte actora fundamenta sus pretensiones en los siguientes cargos:

1. La CREG carecía de competencia para expedir los actos acusados.

Según lo dispone el artículo 11 de la Ley 401 de 1997, el transporte de los productos derivados del petróleo no está sometido a la Ley 142 de 1994.

En este sentido señala que no resulta lógico ni coherente que mientras la CREG sostiene que el almacenamiento y distribución del GLP está sometido a su regulación por tratarse de un servicio público domiciliario y también sometido al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se le obliga a contribuir con importantes recursos a esos dos

organismos, a pesar que el propio Gobierno Nacional - DIAN- sostiene que no son Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y que por ende, no están amparadas por las exenciones tributarias previstas en la ley.

La opinión particular de la CREG no prevalece sobre la Ley 401 de 1997.

En este sentido concluye que la CREG carece de competencia para expedir los decretos que se atacan en este proceso, pues están viciados de nulidad absoluta que es insaneable.

2.- Violación de normas de orden constitucional y legal.

Los actos acusados desconocen el preámbulo de la Carta porque la medida adoptada por la CREG, que en la práctica significa ahogar súbitamente las empresas, no resulta compatible con la Constitución Política, pues tales empresas fundadas en el derecho vigente y en la credibilidad que les mereció la palabra del Estado, adelantaron unos programas de inversión y establecieron unas estructuras de costos, de gastos y de créditos que, de manera abrupta, les fueron modificados en su perjuicio, por una decisión administrativa proferida sin competencia, no fue el resultado de un proceso administrativo que respetara los derechos de defensa y

contradicción sobre todo cuando se afectan derechos legítimamente adquiridos por los particulares.

Tampoco es viable la concentración frente a la posibilidad de ejercer la libre empresa porque se rompe el equilibrio y genera discriminación que implica no dar a cada cual lo que le corresponde.

Se desconoce el artículo 1º de la Carta, pues las resoluciones acusadas desfiguran el alcance del Estado Social de Derecho, al suponer erróneamente que consiste en la imposición arbitraria y no en el establecimiento de un orden social objetivamente concebido, razonablemente estructurado, proporcionado y justo, que consulte la equidad, cuando el Estado Social de Derecho supone *sindéresis*, equilibrio y aplicación razonable de las distintas variables sociales y económicas y a la vez respecto del orden jurídico vigente, ajeno a los caprichos e intereses de quienes ejercen el poder.

Igualmente, señala que se vulnera el artículo 2º de la Constitución Política pues la CREG desconoce derechos y no asegura el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; viola el artículo 13 *ibídem* porque las accionantes han sido tratadas de manera desigual, con desconocimiento del artículo 33 de la Ley 142 de 1944, según el cual *"La regulación de la prestación de los servicios públicos debe hacerse teniendo en cuenta las*

características de cada región; fijación de las metas de eficiencia, cobertura y calidad y evaluación de las mismas y definición del régimen tarifario”.

Agrega, se desconoce el debido proceso, que conforme lo ordena la Carta “se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, porque: i) los actos acusados no fueron proferidos por autoridad competente, ii) la CREG carece de autorización para obrar respecto de las empresas actoras; iii) los actos acusados fueron expedidos con base en el cambio de criterio técnico de la CREG, unilateral y absoluto, proferido sin apoyo técnico controvertido o siquiera consultado, y sin tener en cuenta el principio de legalidad ni las normas vigentes al momento de su expedición; iv) Tampoco fueron expedidas con la “plenitud de las formas propias de cada juicio”; v) la decisión se adoptó sin prueba alguna, sin ningún trámite o procedimiento administrativo, tampoco sustento técnico alguno que hubiese permitido a las empresas accionantes solicitar o aportar pruebas técnicas para desvirtuar el presunto error en el cálculo tarifario e indicar las graves repercusiones económicas que ponen en riesgo la prestación misma del servicio por afectar el principio de suficiencia financiera y por ende, el ejercicio de una actividad lícita.

Señala además, que los actos de la comisiones de regulación son reglados, la tarifa debería regir por

cinco años, como ella se fijó en la Resolución 083 de 1997 debió regir hasta su vencimiento en el año 2003, sin embargo fue fijada en febrero de 2001 sin justificación, sin anuncio y sin razón objetiva, pese a que la Ley 142 de 1994, sólo faculta a las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios para modificar las fórmulas tarifarias antes de su vencimiento *"cuando es evidente que se han cometido errores graves en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa"*.

El motivo en mención, cuando se atribuye a errores graves debe ser demostrado previo un proceso en el cual las empresas tomen parte, conozcan y puedan controvertir las pruebas en su contra y sean vencidas con todas las garantías que la ley les otorga.

Ello no ocurrió con la expedición de la Resolución 010 de 20 de febrero de 2001, dictada por la CREG ni en la Resolución 044 del mismo año, en la cual se afirma de manera unilateral que *"una vez demostrado el error en los factores de conversión establecidos en el artículo 4° de la Resolución CREG -083 de 1997, la Comisión de Regulación de Energía y Gas debe corregir la fórmula que se utiliza para calcular el precio del GLP al usuario final, con el fin de que los factores de conversión utilizados en ella reflejen la composición del GLP que se*

distribuye en el país y se puedan proteger los intereses de los usuarios del Gas Licuado del Petróleo (GLP) ”.

Se trata, agrega de un acto de contenido particular y concreto, en cuanto afecta única y exclusivamente a las empresas distribuidoras del GLP, pues son las únicas a las que se les aplica la medida, por el contrario adopta decisiones con efectos dentro de un grupo claramente definido, considera que puede legislar y que está habilitada para cambiar los procedimientos previstos en la Ley, con desconocimiento del artículo 29.

Aunado a ello señala que si el error grave supuestamente cometido no lo fue por parte de las empresas sino de la misma CREG, cómo adoptar una decisión que afecta a un número considerable de empresas, alegando en su beneficio su propio error, y cómo modificar el acto sin contar con las empresas, cuya modificación les afectaría.

Manifiesta que se vulnera el artículo 58 de la Constitución Política, pues las empresas distribuidoras de GLP habían adquirido a la luz de la ley un derecho de mantenerse por un término legal la fórmula tarifaria que les permitía el equilibrio financiero para seguir operando y según el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, sólo sería modificable por las razones y con los procedimientos que la legislación contempla, lo cual no ocurrió y se expidió la decisión de manera unilateral.

En el presente caso, no se ha aplicado la ley al atropellarse a unos particulares, sin que ello signifique o implique un beneficio para la colectividad; por el contrario, ella se verá perjudicada si se cierran las empresas distribuidoras de gas licuado por causa de la ruptura abrupta de las condiciones económicas de operación.

Reitera entonces que los actos de la CREG no se pueden confundir con la ley, están sometidos a ella y deben aplicarla, en este sentido la CREG ha usurpado la órbita del Congreso de la República, único titular de la potestad legislativa, al desconocer los artículos 113 y 150 de la C.P. y de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-1162 de 6 de septiembre de 2000.

Bajo esos criterios, señala las resoluciones acusadas son inconstitucionales e ilegales, al atribuir funciones legislativas, reglamentarias y de política que para ese momento no tenía la CREG.

Agrega que se vulneró además el principio de la buena fe al desconocerse el procedimiento administrativo para modificar el régimen tarifario de manera unilateral.

De ser aplicable la Ley 142 de 1994, resulta necesario tener en cuenta que desde el punto de vista jurídico, es posible admitir varias interpretaciones de esta normatividad que podrían haber regido la expedición de actos como los que ahora son objeto de acusación.

Así como las resoluciones demandadas hacen referencia a la determinación de una nueva fórmula tarifaria por haberse encontrado supuestamente un grave error en su cálculo, la Comisión de Regulación ha debido regirse por lo dispuesto en el Capítulo V del Título VII, arts. 124 a 127 de la Ley 142 de 1994, que regulan el procedimiento que debe seguirse para la determinación de fórmulas tarifarias.

Las fórmulas según tales disposiciones tienen una vigencia de cinco (5) años y no pueden ser modificadas en ese término, salvo que medie acuerdo entre la Empresa de Servicios Públicos y la Comisión de Regulación, para modificarlas o prorrogarlas por un período igual, lo que no ocurrió en este caso.

Agrega que debe ponerse de presente que no hubo procedimiento administrativo que tendiera a establecer que hubo o no error de cálculo, en el que pudieran participar y ser escuchadas las empresas afectadas, pues de manera unilateral y bajo la égida de un supuesto acto de carácter general, la CREG decidió variar

unilateralmente y en forma inesperada las reglas de juego en materia de servicios públicos domiciliarios, desconociendo la buena fe y el principio de confianza legítima que asistía a los actores. No es posible alegar que se trata de un acto general cuando se sabe cuáles son las empresas distribuidoras de GLP con las cuales es posible llegar a acuerdos en cuanto a la vigencia de fórmulas tarifarias y sobre las que ejerce la facultad regulatoria la CREG.

Además, según el artículo 127 ibídem, corresponde a la Comisión poner en conocimiento de las empresas las bases sobre las cuales se efectuará el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente, así que no se explica por qué cuando se trata de modificación anticipada de fórmulas por supuesto error grave, la CREG no aplique el mismo procedimiento.

Por ello, los actores no pudieron controvertir los motivos por los cuales la CREG consideró que se presentaba un grave error en la fórmula.

Añade que el artículo 24 remite a las normas del Código Contencioso Administrativo, en particular los artículos 14, 28, 34, 35, 47, 48, 73 y 74, reglas que no fueron respetadas por la CREG, no se citó ni comunicó a los actores; tampoco se conoció si se decretaron pruebas, y se adoptaron las decisiones sin dar oportunidad a los

interesados y afectados para expresar sus opiniones, menos para interponer recurso y expresamente se señaló que contra los actos acusados no procedía recurso alguno.

La Administración revocó un acto que reconocía el derecho de aplicar una determinada fórmula tarifaria, sin el consentimiento expreso y escrito de sus titulares, y no puede aceptarse que se trata de una simple corrección de errores aritméticos, pues las resoluciones tienen incidencia directa en la resolución que reconoció el derecho. (arts. 73 y 74).

De interpretarse que las normas aplicables en este caso eran las contenidas en el Capítulo II del Título VII, no se surtieron los trámites allí previstos, pues la CREG de manera unilateral sin oír a las acá accionantes ni permitirles solicitar pruebas adoptó la decisión que las afectó patrimonialmente.

Una tercera posibilidad es la de aplicar de manera armónica las disposiciones, pero sea cual fuere la normatividad aplicable, se desconocieron los preceptos constitucionales, las disposiciones legales contenidas en la Ley 401 de 1997 y las del capítulo II o las del capítulo V, del Título VII de la Ley 142 de 1994.

3.- Falsa motivación.- Modificación tarifaria por grave error de cálculo.

Considera la actora que los actos acusados se encuentran viciados de falsa motivación, pues los motivos allí expresados no tienen el carácter jurídico de "error grave" que la entidad les ha dado.

Así mismo la Resolución CREG 010 de 2001, no tuvo una motivación adecuada, en la forma como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado en desarrollo de lo previsto en el artículo 35 del C.C.A.

Las Resoluciones 010 de 2001y 044 del mismo año, contienen una variación de criterios en la determinación de la fórmula tarifaria y en ningún caso un grave error de cálculo, precisa condición a la que aluden las normas para admitir una variación anticipada de fórmulas tarifarias por la Administración.

II. Contestación de la demanda

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó no acceder a las mismas.

Respecto de los hechos manifestó que es cierto que la Industria de Gas Licuado de Petróleo (GLP), lleva aproximadamente cincuenta años desarrollándose en el país, comprende las actividades de distribución,

producción, transporte y comercialización, para la prestación continua del servicio, el cual se presta de manera libre a la persona que decida utilizarlo, no sólo a los usuarios de áreas rurales o familias de escasos recursos. Según estudios de la CREG, la mayor demanda de este servicio está en los centros urbanos, en todos los estratos y en un alto porcentaje en las actividades industriales y comerciales, y contrario a lo afirmado en la demanda no existe mercado importante en las áreas rurales.

De otra parte, la industria del GLP ha evolucionado en los últimos años, ha pasado al régimen jurídico definido en la Ley 142 de 1994, regido por criterios de eficiencia económica, libre competencia, libre iniciativa y otros, que constituyen los fundamentos constitucionales del régimen de servicios públicos en la Constitución Política de 1991. Así del sistema de cupos, que era anticompetitivo se pasó a uno de libre competencia.

En materia tarifaria, agrega, hubo cambios importantes, de una parte, la Ley 142 de 1994 radicó en cabeza de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG, la facultad de definir las respectivas fórmulas tarifarias y se pasó de un régimen discrecional y esencialmente político a uno de definición de fórmulas tarifarias para la determinación de los costos de prestación del servicio con criterios de eficiencia económica y suficiencia

financiera, que deberán reflejar las condiciones de un mercado competitivo.

Señala que el carácter de servicio público domiciliario del suministro de GLP, lo ha dispuesto la Ley 142 de 1994 y en este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia C-158 de 1997.

No es cierto el hecho quinto porque la CREG comenzó a ejercer las funciones relacionadas con el GLP, a partir de la delegación hecha por el Presidente de la República mediante los decretos 1524 y 2253 de 1994. Ya en el año 1995, la CREG había expedido varias normas relacionadas con el servicio público de gas combustible, incluido el GLP, en particular la Resolución CREG 004 de 14 de marzo de 1995.

Respecto del hecho sexto manifiesta que no reviste tal carácter sino que se trata de una interpretación personal del demandante sobre el alcance del artículo 11 de la Ley 401 de 1997, cuyo texto señala la tesis contraria a la sostenida por el actor. Igual ocurre frente al hecho séptimo, pues constituye una interpretación del actor frente a la aplicación de la Ley 142 de 1994 en esta materia y aún cuando el artículo 126 de esta ley, prevé un período de vigencia de cinco (5) años para las fórmulas tarifarias que apruebe la CREG, la misma norma ordena que se modifiquen *"cuando sea evidente que se*

cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa". Es bajo tales circunstancias, y siguiendo rigurosamente los procedimientos legales, como ha sido necesario revisar anticipadamente algunos aspectos de dichas fórmulas para introducir de oficio correcciones que eran urgentes, tal como está previsto en la ley. En este sentido señala que el artículo 14 de la Resolución CREG-083 de 2001, mediante la cual se adoptó la fórmula general de costos y las fórmulas tarifarias de las actividades de las comercializadoras mayoristas y distribuidores de los gases licuados del petróleo (GLP), de manera expresa previó que las fórmulas tarifarias establecidas en dicha resolución podrían ser modificadas en los casos previstos por la ley en el citado artículo 126.

Es tan evidente que la CREG debía corregir el error encontrado, que el mismo demandante reconoce que los distribuidores se venían beneficiando del mismo, a través de años de aplicación del factor errado, cuando alega a favor de las mismas un supuesto derecho adquirido, lógicamente en perjuicio de los usuarios. Así, el demandante reconoce que durante años la industria se benefició de la aplicación del factor de conversión, de galones a libras, que fue utilizado en las fórmulas tarifarias aprobadas por la Resolución CREG-083 de 1997, fórmula que como lo demostró la CREG posteriormente, no

correspondía a la composición del GLP que se estaba suministrando a los usuarios.

El artículo 179 de la Ley 142 de 1994, establecía un plazo de 24 meses para definir las nuevas fórmulas tarifarias, la cual fue expresamente derogada por el artículo 7° de la Ley 286 de 1996, lo que significa que no existía un plazo legal a partir del cual deberían entrar a regir las nuevas fórmulas que correspondía aprobar a la CREG.

Agrega la accionada que la demanda incurre en un error de interpretación al apreciar el alcance de la Resolución CREG-111 de 1996, pues la entiende como si se tratara de un acto definitivo, cuando se trata de un acto mediante el cual se dio inicio al proceso de aprobación de las fórmulas tarifarias que finalmente fueron adoptadas mediante la Resolución CREG-083 de 1997.

El hecho 8 no es cierto ya que las márgenes para las actividades del comercializador mayorista y del distribuidor están definidas en la Resolución CREG-083 de 1997, modificada por las Resoluciones CREG-035 de 1998 y CREG-010 de 2001, adicionada por la Resolución CREG-044 del mismo año.

Tampoco el hecho 9 es cierto, según la Resolución CREG-083 de 1997, el margen de distribución está fijado en

pesos por cilindro, teniendo en cuenta los tamaños de cada cilindro, sin que se haya reconocido un "margen por rendimiento". El margen por rendimiento a que se refiere la demanda, es precisamente el mayor ingreso que resultaba para las empresas del error en el factor de conversión que presentaba la fórmula tarifaria definida en la Resolución CREG-083 de 1997, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico, no puede ser trasladado al usuario, pues constituye una lesión injusta a sus intereses.

Añade que el artículo 87.1 de la citada ley, establece que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo. Adicionalmente, la fórmula tarifaria contenida en el artículo 2° de la Resolución CREG-083 de 1997, permite trasladar al usuario todos los costos económicamente eficientes que enfrenta el distribuidor en las demás etapas de la cadena, pues el precio final se determina con base en la mencionada fórmula que incluye como componentes cada una de las diferentes etapas del servicio, así como el margen de seguridad destinado al mantenimiento, reparación y reposición de cilindros.

Al usuario no se le pueden trasladar sobrecostos salvo los gravámenes previstos en la ley; tampoco corresponde a la CREG asegurar mercados a una determinada empresa y si el gas natural resulta más competitivo que el GLP, es un

beneficio que recibe el usuario final por la competencia entre combustibles sustitutos, es un riesgo propio de la actividad que debe ser asumido por la estrategia comercial de cada empresa y no a través del reconocimiento de un mayor costo en la prestación del servicio.

Pone de presente que la Ley 142 de 1994, artículo 126, prevé que las fórmulas tarifarias pueden modificarse *"cuando ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas"*. Sin embargo, ninguna de las empresas accionantes ha demostrado ante la CREG que se presente tal situación, que amerite la modificación de las fórmulas tarifarias, ni que exista error grave de cálculo en el margen de distribución fijado por la CREG, que amerite revisión del mismo.

No es cierto que la CREG reconozca ingresos por rendimiento como lo afirma la actora. El Documento CREG-031 de 7 de marzo de 1995, trata el tema de margen de distribución, pero no hace mención o referencia al citado *"ingreso por rendimiento"* y adicionalmente la estructura de precios definida en la Resolución CREG-004 de 1995, rigió hasta el 20 de septiembre de 1996 fecha en que entró en vigencia la Resolución CREG-073 de 1996, mediante la cual la CREG fijó una nueva estructura de

precios. Más aún, a partir de la Resolución CREG-083 de 1997, modificada por la Resolución CREG-35 de 1998, entró en vigencia un nuevo régimen tarifario y se establecieron unos márgenes de distribución superiores a los que se venían reconociendo en la estructura de precios fijada para los años 1995 a 1997 y adicionalmente, la Resolución CREG-035 de 1998, modificó los márgenes definidos en la anterior, que aún no habían entrado en vigencia y estableció unos mayores márgenes en pesos por cilindro que empezaron a regir a partir de las cero horas del 1º de marzo de 1998, fecha de aplicación por primera vez de las fórmulas tarifarias. A los demás hechos respondió que eran ciertos.

Frente a los cargos argumentó en su defensa:

1.- Falta de competencia de la CREG, este cargo no está llamado a prosperar pues acorde con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 401 de 1997 y el parágrafo 2º de la misma norma, corresponde la regulación del servicio a la CREG.

2.- Violación de la Constitución Política y la ley. La CREG no ha elegido a determinados sectores para favorecerlos o discriminarlos. Simplemente ha fijado normas de carácter general, cuya aplicación concreta queda librada a las reglas de competencia, libre concurrencia y mercado características de la gestión de

los servicios públicos domiciliarios de acuerdo con la Constitución y las leyes. El reconocimiento y leal sometimiento a estos principios son garantía del derecho de igualdad para los distintos concurrentes al negocio del GLP en el país.

Los reclamos por violación al debido proceso deberán analizarse en concreto, dejando claro que la CREG procedió con plena competencia y las decisiones allí adoptadas se fundan en los motivos que señala la ley y están conformes con lo previsto en la Ley 142 de 1994.

Los derechos de contenido económico no son derechos absolutos, son objeto de límites o restricciones y están condicionados por razones de interés general, y en su interpretación es necesario armonizarlos con el conjunto de los preceptos constitucionales.

En cuanto hace al derecho a la propiedad privada y la protección a los derechos adquiridos de que se ocupa el artículo 58 de la Carta, ellos cobran plenitud siempre y cuando se trate de propiedad y derechos adquiridos con arreglo a las leyes y son precisamente las regulaciones que determinan las fórmulas tarifarias de las actividades de los distribuidores de los gases licuados del petróleo y las fórmulas tarifarias las que determinan el precio al público y si dichas fórmulas se modifican "*con arreglo a*

las leyes" nada habría que reclamar desde la perspectiva constitucional sobre propiedad y derechos adquiridos.

La fórmula tarifaria si bien es cierto debe mantenerse por el término de cinco años tropieza en la propia ley con una excepción, pues obliga a su anticipada modificación o corrección "*cuando sea evidente que se han cometido errores graves en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa*" (art. 126, Ley 142 de 1994).

Las resoluciones de la CREG son desarrollo de la Constitución económica, atienden el interés general evitando que se afecte al consumidor por la calidad del producto o por las cantidades que se ofrecen en el mercado y se cree adquirir.

3.- Expedición irregular y violación de los derechos de audiencia y de defensa, se reitera la falta de competencia de la CREG con base en el artículo 11 de la Ley 401 de 1997, asunto sobre el cual ya hizo manifestación. Igualmente, agrega que el actor repite los argumentos relacionados con la presunta violación de las normas de procedimiento de la Ley 142 de 1994 y del C.C.A.

Al ocuparse de la presunta violación de los derechos de audiencia y de defensa, la demandante señala que en

ningún momento las empresas afectadas con las Resoluciones 010 y 044 de 2001 fueron citadas ni notificadas, tampoco se les permitió aportar ni controvertir pruebas relativas al supuesto grave error de cálculo ni interponer los recursos.

Al respecto señala la CREG que el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, en que se sustenta la decisión de modificar las fórmulas tarifarias preestablecidas, se observa que se trata sin duda de una función privativa de la CREG, que le corresponde de oficio, ante la evidencia que *"se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios."* Función que ejerce la CREG mediante la expedición de actos administrativos de carácter general y por ende rigen desde su publicación en el Diario Oficial, no están sujetos a notificaciones personales ni son susceptibles de recursos por vía gubernativa.

Agrega que en relación con la modificación de las fórmulas tarifarias cuando se encuentran graves errores de cálculo que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de las empresas, el Consejo de Estado ha concluido que ello es función de la Comisión, sin que se requiera de un procedimiento determinado. (ver sentencia de abril 18 de 2002, Sección Primera del Consejo de Estado, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente 6610).

El trámite previsto en dicha normativa no prevé la celebración de las audiencias y "defensas" que alega la demanda y al no existir norma que las haga obligatorias, no altera la legalidad de la actuación ni de las resoluciones impugnadas.

4.- Falsa motivación y desviación de poder, porque la Resolución 010 de 2001 "no tienen el carácter jurídico de error grave que tal entidad les ha dado", a lo cual responde que:

- La capacidad de GLP en cilindros de 100 libras es menor en 2.36 galones a la actualmente especificada.
- La capacidad GLP en cilindros de 40 libras es menor en 0.94 galones a la actualmente especificada.
- La capacidad de GLP en cilindros de 20 libras es menor en 0.47 galones a la actualmente especificada.

La norma precedente a los actos demandados incurría en un error técnico grave. Lo cual generaba lesión injusta a los intereses y derechos de los usuarios y de otra, ciertas empresas se beneficiaban más allá de lo permitido en el comercio.

Es el error el que constituye el núcleo de la motivación de los actos acusados desde el punto de vista fáctico, y

es serio, adecuado, suficiente e íntimamente relacionado con la decisión adoptada.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

III.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Respecto de la legalidad de la Resolución CREG 010 de 2001, manifiesta la Comisión que el Consejo de Estado, en sentencia de 9 de junio de 2005, con ponencia de la Consejera María Claudia Rojas Lasso, radicación 11001-03-24-000-2003-00209-01, en caso fundamentado en los mismos hechos y cargos objeto de esta actuación, hizo el análisis de legalidad de la citada resolución, declarándolos ajustados a la Constitución y a la ley, desestimando los argumentos que se reiteran en este proceso, por lo que solicita tener en cuenta este pronunciamiento para reiterar y declarar la legalidad del mismo.

III.2. El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad procesal.

IV.- CONSIDERACIONES

IV.1.- Las resoluciones acusadas:

RESOLUCIÓN 10 DE 2001

(febrero 20)

Diario Oficial No. 44.342 de 28 de febrero de 2001

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

Por la cual se modifica la fórmula tarifaria para determinar el precio al usuario final del servicio público domiciliario de Gases Licuados del Petróleo (GLP).

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por la Ley 142 de 1994, y los Decretos 1524 y 2253 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que mediante la Resolución CREG-083 de 1997, artículo 9o., la CREG definió la fórmula para calcular los precios de GLP al usuario final y para el efecto determinó que la capacidad de un cilindro de 100 libras es de 23.7023 galones, la de un cilindro de 40 libras es de 9.4809 galones y la de un cilindro de 20 libras es de 4.7405 galones;

Que la composición de GLP implícita en la mencionada fórmula corresponde a un GLP compuesto en su totalidad por propano puro, es decir GLP con una densidad relativa de 0.507 y un peso específico de 4.22 libras por galón;

Que de acuerdo con los reportes diarios de composición de GLP suministrados por Ecopetrol, único abastecedor actual, el GLP producido en sus refinerías contiene otros componentes adicionales al gas propano puro tales como butanos, butilenos, pentanos y más pesados, con densidad relativa media de 0.5631 y peso específico medio de 4.68 libras por

galón; es decir valores superiores a los del propano puro;

Que el mayor peso específico de las mezclas de GLP resulta en un menor número de galones por unidad de peso;

Que los factores de conversión establecidos en el artículo 9o. de la Resolución CREG-083 de 1997 no corresponden a la composición del GLP que se vende en el país;

Que el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, faculta a la Comisión de Regulación de Energía y Gas para modificar las fórmulas tarifarias adoptadas mediante acto administrativo, de oficio o a petición de parte, antes de su vencimiento, cuando sea evidente que se han cometido errores graves en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa;

Que una vez demostrado el error en los factores de conversión establecidos en el artículo 9o. de la Resolución CREG-083 de 1997, la Comisión de Regulación de Energía y Gas debe corregir la fórmula que se utiliza para calcular el precio del GLP al usuario final, con el fin de que los factores de conversión utilizados en ella reflejen la composición del GLP que se distribuye en el país, y se protejan los intereses de los usuarios del Gas Licuado del Petróleo (GLP);

Que, igualmente, los actos administrativos de carácter general, pueden ser modificados por la autoridad competente, en ejercicio de la facultad atribuida por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo;

Que como quiera que los actos administrativos rigen hacia el futuro, la corrección no tendrá efectos retroactivos, de conformidad con las reglas consagradas en la Ley 153 de 1887, que definen la

vigencia de la ley (en sentido material), en el régimen jurídico nacional;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas en la Sesión número 144 del 20 de febrero de 2001 acordó modificar las fórmulas para el usuario final de GLP,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Modifícase el artículo 9o. de la Resolución CREG-083 de 1997 así:

"Artículo 9o. Precios al usuario final. Fíjense las siguientes fórmulas tarifarias para determinar los precios del GLP que pueden cobrarse al usuario final, con base en las cuales se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 10 de esta Resolución:

9.1. En carroタンque:

$$PDC = PVN + DC_t$$

PDC= Precio de distribución en carroタンque (\$/galón).

PVN= Precio de suministro en planta del comercializador mayorista (\$/galón), según se define en el artículo 8 de esta Resolución.

DC_t= Margen del distribuidor para suministros en carroタンque, según se define en el artículo 6.1. de esta Resolución (\$/galón).

9.2. En cilindros de 100 libras:

$$PD_{100} = PVN * f_{100} + D_{100_t}$$

PD₁₀₀= Precio de distribución en cilindros de 100 libras.

PVN = Precio de suministro en planta del comercializador mayorista (\$/galón), según se define en el artículo 8 de esta Resolución.

f_{100} = Capacidad en galones de un cilindro de 100 libras, que será definida por la CREG de acuerdo con la composición del GLP suministrado por los Grandes Comercializadores, según la información que sobre el particular reporten. El valor inicial será 21.347 hasta tanto la CREG no defina otro a partir de esta información.

D_{100} = Margen del distribuidor para suministros en cilindros de 100 libras (\$/cilindro), según se define en el artículo 6.2. de esta Resolución.

9.3. En cilindros de 40 libras:

$$PD_{40} = PVN * f_{40} + D_{40} t$$

PD_{40} = Precio de distribución en cilindros de 40 libras.

PVN = Precio de suministro en planta del comercializador mayorista (\$/galón), según se define en el artículo 8 de esta Resolución.

f_{40} = Capacidad en galones de un cilindro de 40 libras, que será definida por la CREG de acuerdo con la composición del GLP suministrado por los Grandes Comercializadores, según la información que sobre el particular reporten. El valor inicial será 8.538 hasta tanto la CREG no defina otro a partir de esta información.

D_{40} = Margen del distribuidor para suministros en cilindros de 40 libras (\$/cilindro), según se define en el artículo 6.3. de esta Resolución.

9.4. En cilindros de 20 libras:

$$PD_{20} = PVN * f_{20} + D_{20t}$$

PD_{20} = Precio de distribución en cilindros de 20 libras.

PVN = Precio de suministro en planta del comercializador mayorista (\$/galón), según se define en el artículo 8 de esta Resolución.

f_{20} = Capacidad en galones de un cilindro de 20 libras, que será definida por la CREG de acuerdo con la composición del GLP suministrado por los Grandes Comercializadores, según la información que sobre el particular reporten. El valor inicial será 4.269 hasta tanto la CREG no defina otro a partir de esta información.

D_{20t} = Margen del distribuidor para suministros en cilindros de 20 libras

(\$/cilindro), según se define en el artículo 6.4. de esta Resolución.

PARÁGRAFO 1o. Cada uno de los precios que resulten de aplicar lo dispuesto en este artículo para cilindros, es la suma máxima que debe pagar el usuario por una cantidad neta de GLP de 45 kg (100 libras), 18 kg (40 libras), o 9 kg (20 libras), respectivamente. El peso total será igual a la cantidad de GLP indicada, más el peso o tara del cilindro.

PARÁGRAFO 2o. Antes del 31 de enero de cada año, los grandes comercializadores deben reportar a la CREG la composición y peso específico promedio del GLP suministrado durante los doce meses inmediatamente anteriores."

ARTÍCULO 2o. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el **Diario Oficial**.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D. C., a 20 de febrero de 2001.

Ministro de Minas y Energía.

Resolución No. 044

Mayo 7 de 2001

Por la cual se establecen las fórmulas tarifarias de las actividades de los distribuidores de los gases licuados del petróleo (GLP) en cilindros de 30 lb y 80 lb nominales y las fórmulas tarifarias para determinar su precio de venta al público.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por la Ley 142 de 1994 y de acuerdo con los Decretos 1524 y 2253 de 1994, y

C O N S I D E R A N D O:

Que de acuerdo con la Ley 142 de 1994, en especial los artículos 73 y 74.1, literal d), corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) regular las tarifas para la comercialización y distribución de gas combustible;

Que según los Artículos 73.11 y 91 de la Ley 142 de 1994 corresponde a la CREG fijar las fórmulas tarifarias para cada una de las actividades relacionadas con los gases licuados del petróleo (GLP);

Que el Artículo 4 de la Resolución CREG-048 de 2000 ordenó a la Fiducia que administra el Margen para Seguridad del servicio de GLP, reponer los Cilindros

de veinte (20) lb y cuarenta (40) lb por Cilindros de treinta (30) lb, y los Cilindros de cien (100) lb por Cilindros de ochenta (80) lb;

Que a partir del estudio de diagnóstico del sector de gases licuados del petróleo- FASE I, se desarrollaron los modelos que sirvieron para determinar los márgenes de distribución correspondientes a los cilindros de 20 lb, 40 lb y 100 lb, los cuales una vez identificados los correspondientes parámetros de entrada, se usaron para calcular los márgenes de distribución correspondientes a los cilindros de 30 lb y 80 lb;

Que de acuerdo con la Resolución 8-0009 de 2001 del Ministerio de Minas y Energía, por la cual se adoptan las especificaciones para la fabricación de cilindros de treinta (30) lb y ochenta (80) lb de capacidad nominal respectivamente, las capacidades reales de estos cilindros son 15 kilogramos (33 lb) y 35 kilogramos (77 lb), respectivamente;

Que de acuerdo con la misma Resolución, a las condiciones estándar, 60°F y 14.7 psi, y con una relación de llenado de cilindros de 42%, las capacidades volumétricas de los cilindros de 30 lb y 80 lb nominales son de 35.7 lt y 83.3 lt de agua respectivamente;

Que según los reportes diarios de composición de GLP suministrados por ECOPETROL, único abastecedor actual, el GLP producido en sus refinerías tiene una densidad relativa media de 0.5613 y peso específico medio de 4.68 lb por galón;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas en la Sesión No. 152 del 7 de mayo de 2001 acordó expedir las fórmulas necesarias para la actividad de distribución de GLP en cilindros de 30 lb y 80 lb nominales y las fórmulas para determinar su precio al

usuario

final;

R E S U E L V E:

Artículo 1o. Margen de distribución. Fíjanse las siguientes fórmulas tarifarias para determinar el margen de los distribuidores de gases licuados del petróleo (GLP):

1.1. Para distribución en cilindros de 80 lb:

$$D80t = A * D80o$$

$D80t$ = Margen del distribuidor en el año t , después de la aplicación de la fórmula para suministros en cilindros de 80 lb (\$/cilindro).

A = Factor de actualización. Según se define en la Resolución CREG-035 de 1998.

IPCT

$A = \text{-----} - X$, donde $X = 0.01$

IPC0

$D80o$ = Margen base del distribuidor para suministros en cilindros de 80 lb, igual a \$3,590.60 por cilindro. (Pesos de enero de 1998)

1.2. Para distribución en cilindros de 30 lb:

$$D30t = A * D30o$$

$D30t$ = Margen del distribuidor en el año t , después de la aplicación de la fórmula para suministros en cilindros de 30 lb (\$/cilindro).

A = Factor de actualización. Según se define en la Resolución CREG-035 de 1998.

IPCT

$A = \text{-----} - X$, donde $X = 0.01$

IPC0

$D30o$ = Margen base del distribuidor para suministros en cilindros de 30 lb, igual a \$ 1,971.81 por cilindro.

Artículo 2o. Precios al usuario final. Fíjense las siguientes fórmulas tarifarias para determinar los precios del GLP que pueden cobrarse al usuario final, con base en las cuales se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 10 de la Resolución CREG-083 de 1997:

2.1. En cilindros de 80 lb:

$$PD80 = PVN * f80 + D80t$$

PD80 = Precio de distribución en cilindros de 80 lb.

PVN = Precio de suministro en planta del comercializador mayorista (\$/galón), según se define en las Resoluciones CREG-083 de 1997 y CREG-084 de 1997.

$f80$ = Capacidad en galones de un cilindro de 80 lb nominales, que será definida por la CREG de acuerdo con la composición del GLP suministrado por los Grandes Comercializadores, según la información que sobre el particular reporten. El valor inicial será 16.469 hasta tanto la CREG no defina otro de acuerdo con la información que tenga disponible.

D80t = Margen del distribuidor para suministros en cilindros de 80 lb (\$/cilindro),

2.2. En cilindros de 30 lb:

$$PD30 = PVN * f30 + D30t$$

PD30 = Precio de distribución en cilindros de 30 lb.

PVN = Precio de suministro en planta del comercializador mayorista (\$/galón), según se define en las Resoluciones CREG-083 de 1997 y CREG-084 de 1997.

f30 = Capacidad en galones de un cilindro de 30 lb nominales, que será definida por la CREG de acuerdo con la composición del GLP suministrado por los Grandes Comercializadores, según la información que sobre el particular reporten. El valor inicial será 7.056 hasta tanto la CREG no defina otro de acuerdo con la información que tenga disponible.

D30t = Margen del distribuidor para suministros en cilindros de 30 lb (\$/cilindro),

Parágrafo. Cada uno de los precios que resulten de aplicar lo dispuesto en este Artículo es la suma máxima que debe pagar el usuario por una cantidad neta de GLP de 35 kg (77 lb) o 15 kg (33 lb) respectivamente. El peso total será igual a la cantidad de GLP indicada, más el peso o tara del cilindro.

Artículo 3o. Aplicación de las fórmulas tarifarias. Las tarifas se determinarán aplicando las fórmulas tarifarias cada 12 meses, el primero de marzo de cada año. Las obligaciones de publicación de los distribuidores estipuladas en los incisos 2 y 3, y el parágrafo del Artículo 13 de la Resolución CREG-083 de 1997, son aplicables para las formulas tarifarias definidas en esta Resolución. En todo caso, los distribuidores solo podrán cobrar las tarifas resultantes de la aplicación de estas fórmulas tarifarias, una vez efectúen las publicaciones a que se refiere el mencionado artículo.

Artículo 4o. Vigencia de las fórmulas tarifarias. Estas fórmulas regirán mientras esté vigente el régimen tarifario establecido en las Resoluciones CREG-083 y CREG-084 de 1997, modificadas por las Resoluciones CREG-144 de 1997 y CREG-035 de 1998. De acuerdo con el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, éstas podrán modificarse o revocarse en los

casos y conforme a los procedimientos previstos por la Ley.

Artículo 5o. Mercados periféricos. Los distribuidores que atiendan mercados periféricos y que tengan razones económicas comprobables para acreditar que las fórmulas establecidas en la presente Resolución no les garantizan la suficiencia financiera de su operación, teniendo en cuenta la estructura de costos que enfrentan en esas regiones, podrán presentar a consideración de la CREG estudios de costos que sustenten la solicitud de márgenes de distribución diferentes de los establecidos en esta Resolución.

Son mercados periféricos aquellos que corresponden a las localidades ubicadas en los departamentos de Vichada, Guainía, San Andrés y Providencia, Amazonas, Guaviare y Vaupés, así como las localidades que no tengan acceso por carretera de los departamentos de Caquetá, Putumayo y Chocó, o que estén ubicadas en la costa del océano pacífico del departamento del Cauca.

Parágrafo. La CREG revisará periódicamente la lista de mercados periféricos, para incluir o excluir de ella localidades.

Artículo 6o. Sanciones. Los distribuidores de GLP que contravengan lo establecido en la presente Resolución, se harán acreedores a las sanciones a que haya lugar, de conformidad con las normas legales vigentes, las cuales serán impuestas por las autoridades competentes.

Artículo 7o. Vigencia. Esta Resolución rige a partir de su publicación en el Diario Oficial y contra ella no procede recurso alguno por la vía gubernativa por tratarse de un acto de carácter general.

Publicada en el Diario Oficial No.44.453 de Junio 12
de 2001

PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. 7 MAYO 2001

IV.2 El problema jurídico a resolver

Se cuestiona en el presente caso si la CREG tiene competencia para regular los precios del Gas Licuado del Petróleo, si los actos acusados son de carácter particular y por ende requerían de un procedimiento previo y si por esta vía podía modificar las tarifas a pesar de no haberse vencido el término de cinco (5) años previsto para la vigencia de las mismas.

Frente a los cargos

1.- Competencia de la CREG para regular los precios del Gas Licuado del Petróleo.

Esta Corporación en sentencia de 9 de junio de 2005¹, con ponencia de la Doctora María Claudia Rojas Lasso se pronunció sobre la legalidad de la Resolución núm. 010 de 20 de febrero de 2001, providencia en la cual se resolvió el cargo sobre la competencia de la Comisión de

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil cinco (2005), Radicación número: 11001-03-24-000-2003-00209-01, Actor: EDGAR FRANCISCO PARIS SANTAMARIA

Regulación de Energía y Gas para regular las tarifas del servicio de Gas Licuado del Petróleo, así como sobre los cargos de violación de la Constitución y la ley y el de falsa motivación que son hoy invocados como cargos de la presente demanda, con el objeto de desvirtuar su legalidad.

La demanda en esa oportunidad fue planteada en los siguientes términos:

1ª. Que es nula la Resolución CREG 010 del 20 de febrero de 2001 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas "por la cual se modifica la fórmula tarifaria para determinar el precio al usuario final del servicio público domiciliario de Gases Licuados del Petróleo, (GLP)".

2ª. Como consecuencia de lo anterior solicita se ordene a la Contraloría General de la República adelantar los juicios fiscales respectivos contra los funcionarios de turno de esa época que tomaron esta medida para que respondan con sus propios bienes, y de conformidad con los artículos 77 y 78 del C.C.A., en concordancia con el artículo 6º de la Constitución Política.

Y, como cargos de la demanda se plantearon:

"En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1º: Violación de la Constitución Política. Se violaron los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 29, 113, 150, por lo siguiente:

El acto acusado desfigura el sentido y los alcances del Estado Social de derecho, dado que es una imposición de la administración, unilateral e

inconsulta, lo que, además, viola el principio participativo. (artículos 1° y 4°).

Con la decisión adoptada no se cumple la función de proteger los bienes y demás derechos de las personas residentes en el país y no se acata el principio de igualdad. (artículos 2° y 13).

Se desconoce la libertad de empresa y sana competencia, al modificar, en forma unilateral, las condiciones de actividad y funcionamiento de los Distribuidores minoristas de GLP, en perjuicio de competir, en condiciones iguales, y sobrevivir en el mercado (artículo 338).

El acto acusado viola el debido proceso, al haber sido expedido por autoridad incompetente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 401 de 1997; sin tener en cuenta el principio de legalidad ni las normas vigentes al momento de su expedición; sin observar la plenitud de las formas propias de cada juicio y sin aportarse prueba alguna ni llevarse cabo un procedimiento administrativo.

La administración ha debido dar oportunidad a los afectados de conocer los motivos y razones en que se basaba para buscar modificaciones decisivas en la fórmula tarifaria para determinar el precio al usuario final del GLP.

Esa tarifa según la Ley, fijada en la Resolución No. CREG -083 de 1997, debía haber regido por cinco (5) años, es decir que su vencimiento debía producirse el 1° de marzo de 2003, pero la Resolución acusada la modificó en febrero de 2001, sin justificación ni anuncio, pese a que la Ley 142 de 1994 sólo faculta a las Comisiones reguladoras de servicios públicos domiciliarios para modificar las fórmulas tarifarias antes de su vencimiento, en caso de que sea evidente que se han cometido errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de

los usuarios; errores que deben ser demostrados previo un proceso en el que los interesados tomen parte, conozcan y puedan controvertir las pruebas y mucho más teniendo en cuenta que en más de una oportunidad anterior, los expertos de la CREG habían considerado tal fórmula tarifaria como acertada y de un momento a otro ya todos los actos anteriores adolecían de error calificado de grave.

Se violan los artículos 113 y 150 de la Constitución Política, toda vez que la CREG con la expedición de la Resolución acusada ha pretendido sustituir al Congreso en la labor de legislar.

2°. Violación de la Ley por falta de competencia de la demandada para regular el tema del GLP.

En ejercicio de la facultad atribuida en el artículo 83 de la Ley 142 de 1994, el Presidente de la República, el 1° de enero de 1996, rindió dictamen en relación con la "Naturaleza del servicio de distribución de Gas Licuado GLP" y las "Competencias para la regulación, control, vigilancia y sanciones del servicio de Distribución de Gas Líquido", y precisó que dicha Ley se aplica a las actividades de producción, transporte, distribución y comercialización de gas combustible, es decir al GLP y que la distribución mediante el uso de cilindros y tanques estacionarios es un servicio público.

De conformidad con lo anterior, la CREG expidió normas regulatorias del GLP (Resoluciones 074 del 10 de septiembre de 1996, 8-0505 del 17 de marzo de 1997) pero ellas no contemplaron el tema de márgenes de comercialización de los distribuidores de GLP.

El artículo 11 de la Ley 401 de 1997 señala, por una parte, que con el propósito de asegurar una prestación eficiente del servicio público de gas combustible que se transporte por red física (tubería, gasoductos, no cilindros) a todos los

usuarios del territorio nacional (tubería-gasoducto), las actividades distintas a su exploración, explotación y su procesamiento, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994; y, por otra, que las actividades de exploración, explotación, procesamiento y transporte de petróleo crudo, así como de sus productos derivados (dentro de los cuales está el GLP) no estarían sujetas a dicha ley sino que continuarían reguladas por normas especiales contenidas en el Código de Petróleos, el Decreto 2310 de 1974 y por las disposiciones que lo complementen, adicionen o reformen.

Pese a lo anterior la CREG continuó sosteniendo que las actividades del GLP son un servicio público domiciliario, asumiendo competencias que no le han sido conferidas legalmente.

El artículo 11 de la Ley 401 de 1997 no tenía propósito diferente a ser una norma aclaratoria o interpretativa en lo atinente al régimen aplicable al gas, es decir que con la expedición de dicha Ley el legislador no pretendió cambiar la legislación vigente, precisión que se logró no tanto a través del texto mismo del artículo mencionado, sino de la ponencia sustitutiva presentada ante la Cámara de Representantes, según la cual la inclusión de dicho artículo buscaba ratificar que las actividades de producción, procesamiento y comercialización de combustible en el mercado mayorista no estén sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en consecuencia, que dichas actividades y su control se siguieran rigiendo por una normativa especial.

El citado artículo 11 ha de interpretarse en el sentido de que él quiso aclarar que el servicio público domiciliario fuera sólo aquel que se transportara por "red física" y no el de los cilindros portátiles de GLP y que, en consecuencia,

tal actividad no estaba regida por la Ley 142 de 1994, sino por la normativa especial hasta ese entonces aplicable.

Por lo tanto, una vez expedida la citada Ley, la CREG no tenía competencia para emitir actos administrativos relacionados con la distribución de GLP, y, por ende, la Resolución acusada es nula de pleno derecho.

Refuerza lo anterior, por una parte, la comunicación del Gobierno Nacional del 3 de agosto de 2000 a través de la cual se devolvió, por razones de inconstitucionalidad, el Proyecto de Ley No. 038 de 1998 Cámara, acumulado con el 065 de 1998 y 081 de 1998 Cámara-234/00 Senado por el cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994", según la cual las actividades del GLP no hacen parte de los servicios públicos domiciliarios, luego no le son aplicables las normas de la citada ley; y, por otra, el concepto de la DIAN del 12 de abril de 2000, en el cual las almacenadoras de GLP no son empresas de servicios públicos domiciliarios, por no encuadrarse en la definición del numeral 14.21 de la Ley 142 de 1994 y, por lo tanto, no están exentas de impuestos.

3. Violación de la Ley. No obstante lo expuesto, y admitiendo en gracia de discusión que a las actividades del GLP les fuera aplicable la Ley 142 de 1994, la CREG con la expedición del acto acusado violó los artículos 126 y 127 que establecen, respectivamente, la vigencia de las fórmulas tarifarias y el inicio de la actuación administrativa para fijar las nuevas tarifas. En efecto:

De conformidad con el artículo 126, las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco (5) años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual, y que

excepcionalmente pueden modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del mencionado plazo cuando sea evidente que se cometieron errores graves en su cálculo, que lesionen injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa, o por razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometan gravemente la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones de las tarifas previstas.

En el sub lite no ha habido acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificar o prorrogar las tarifas antes del término del vencimiento de los 5 años y tampoco han tenido ocurrencia las circunstancias excepcionales que consagra la Ley para modificarlas antes del mencionado tiempo, pues las constantes fijadas por los expertos de la CREG que venían desde la Resolución CREG de 1996 fueron reiteradas en resoluciones posteriores (Resolución CREG 093 de 1997) y, además no se presentó ni el caso fortuito ni la fuerza mayor, luego la CREG no podía modificar las tarifas antes del vencimiento señalado, como lo hizo en el acto acusado.

Tampoco la CREG dio cumplimiento al procedimiento administrativo señalado en el artículo 127 ibídem que establece que antes de 12 meses de la fecha prevista para que termine la vigencia de las fórmulas tarifarias, la Comisión debe poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales se efectuará el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente y luego se aplicará lo dispuesto en el artículo 124 ibídem; pues la fecha de los 12 meses empezaría a contarse el 1° de marzo de 2002 y al 23 de mayo de 2003 no han sido modificadas las formulas tarifarias del GLP.

El artículo 124 mencionado remite a las normas consagradas en el C.C.A.,(artículos 14, 28, 34, 35, 47, 48, 73 y 74), lo cual no se cumplió en el sub

lite pues no se citó ni comunicó a los distribuidores de GLP a o terceros interesados para que se hicieran parte e hicieran valer sus derechos durante la actuación administrativa, ni se conocen las pruebas que se decretaron si es que ello ocurrió, y, en cambio sí se adoptaron decisiones administrativas sin haber dado a los interesados la oportunidad de expresar sus opiniones ni para interponer recursos, ni se indicó que recursos eran procedentes, por tratarse, según la misma CREG de actos de carácter general.

De esgrimirse que las normas aplicables al sub lite fueran las consagradas en los artículos 106 a 114 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, relativos a la expedición de actos administrativos unilaterales originados en el cumplimiento de esa ley y que no hayan sido objeto de disposiciones especiales, dichos procedimientos tampoco se llevaron a cabo.

4°). Falsa motivación y falta de motivación adecuada.

Como consta en el acto acusado la CREG, con fundamento en el artículo 126 de la Ley 142 de 1997, modificó de oficio las tarifas consagradas en el artículo 9° de la Resolución CREG 083 de 1997, aduciendo errores en los factores de conversión allí establecidos para calcular el precio de GLP al usuario final y con el fin de que dichos factores reflejaran la composición del GLP que se distribuye en el país y así proteger los intereses de los usuarios del producto.

Dicho argumento no es cierto, pues la CREG desde 1995 era consciente de las propiedades y composición del GLP en cada campo de explotación y de refinanciación en cada caso concreto, lo que impedía que se utilizaran constantes que predijeran como iba a reaccionar el GLP y, además, porque la composición del GLP y sus propiedades siempre fueron consideradas como "ingreso por rendimiento de los distribuidores

de GLP", como consta en la comunicación oficial y pública de la CREG de 1995 que se aportó al expediente. Prueba de ello también son las constantes utilizadas en la Resoluciones de la CREG 111 de 1996 y 083 de 1997, por propia iniciativa de la misma entidad.

En ese orden de ideas los motivos expuestos en el acto acusado no tienen el carácter jurídico de "error grave" que la administración les dio.

Además la CREG no podía sacar de la vida jurídica la Resolución 083 de 1997 expidiendo el acto acusado, pues lo procedente era demandar aquel en acción de lesividad.

Además, el acto acusado no tuvo una motivación adecuada, en los términos en que lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues no es seria, adecuada, suficiente e íntimamente relacionada con la decisión adoptada.

5º) Desconocimiento de una situación jurídica particular.

El acto acusado revocó directamente un acto administrativo que reconocía el derecho adquirido de aplicar una determinada fórmula tarifaria, sin el consentimiento expreso y escrito de sus titulares. En efecto, el reconocimiento del derecho determinado a un margen de comercialización no puede modificarse unilateralmente por cuanto el mismo era el fundamento de su actividad comercial y así había sido reconocido y aceptado tanto por la administración como por los distribuidores minoristas del GLP.

6º.) Posición de la Corte Constitucional frente a la competencia de la CREG para regular.

De conformidad con la sentencia C-1162/2000 del 6 de septiembre de 2000, Expediente D-2863, Magistrado

Ponente, Dr. José Gregorio Hernández, la Corte Constitucional dejó claro que la Comisiones no podrán legislar, ni reglamentar, ni fijar políticas y menos llenar vacíos del legislador, pues sus funciones son netamente policivas.

Sobre el particular la Sala se pronunció en los siguientes términos, para negar las súplicas de la demanda:

En el caso sub examine, se solicita la nulidad de la Resolución No. 010 de 20 de febrero de 2001, "por la cual se modifica la fórmula tarifaria para determinar el precio al usuario final del servicio público domiciliario de Gases Licuados del Petróleo", expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, (...)

La controversia se contrae a establecer si la Comisión de Regulación de Energía y Gas era competente para modificar el artículo 9° de la Resolución CREG 083 de 1997, fijando nuevas fórmulas tarifarias para determinar los precios del G.L.P. para cobrarse al usuario final; si se dieron o no las circunstancias excepcionales para adoptar tal medida y si se observó o no el procedimiento establecido en la Ley.

En orden a resolverla, la Sala observa:

El artículo 9° de la Resolución 083 de 1997, expedida por la CREG, fijó las formularias tarifarias para determinar los precios del GLP que podían cobrarse al usuario final y para tal efecto determinó que la capacidad de un cilindro de 100 libras era de 23.7023 galones, la de un cilindro de 40 libras de 9.4809 galones y la de un cilindro de 20 de 4.7405 galones.

Mediante Resolución 010 del 20 de febrero de 2001, objeto de demanda, se modificó el artículo 9° de la Resolución 083 de 1.997, fijando unas fórmulas tarifarias para determinar los precios del GLP que pueden cobrarse al usuario final.

Frente al cargo de falta de competencia de la CREG para expedir el acto acusado, se advierte:

A juicio del actor, por una parte, la CREG al expedir el acto acusado está invadiendo la órbita del legislador, único titular -con las excepciones taxativamente consagradas en cabeza del Presidente de la República- de la potestad legislativa; y, por otra, de conformidad con el artículo 11, parágrafo 1, de la Ley 401 de 1997, la explotación y el transporte del GLP están excluidos de la aplicación de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994).

Frente a la competencia normativa de la CREG y su relación con las funciones que puede delegarle el Presidente de la República, cabe tener en cuenta las siguientes disposiciones:

La Constitución Política, en sus artículos 365 y 367, consagra:

*"Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.
(...).*

*"Artículo 367. **La Ley fijará** las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y **el régimen tarifario** que tendrá en cuenta, además de los*

criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de los ingresos.

(...)

La Ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas." (Negrilla fuera de texto.).

.

Esta Corporación en sentencia de 17 de agosto de 2000 (Expediente núm. 5920, Actor: Jesús Andrés Jiménez Riviere, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa), precisó lo siguiente:

"... 2.1. La competencia de la CREG

Al punto se tiene que las comisiones de regulación, a las cuales pertenece la CREG, aparecen en la ley 142 de 1.994, pudiéndose observar que, según el artículo 68, inciso segundo, las funciones que en ella se les asigna son ante todo o en principio del Presidente de la República, de manera que aquéllas sólo las pueden ejercer si el Presidente se las delega.

Para la debida ilustración, se trae el enunciado del artículo 68 en cita, que a la letra dice:

"Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.

Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las

funciones que aquí se atribuyen a las comisiones.”.

Así las cosas, según el artículo 68 las comisiones de regulación están instituidas como órganos destinados a ejercer funciones delegadas por el Presidente de la República en relación con la fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que el artículo 370 de la Constitución le encomienda a éste; si bien la Corte Constitucional admite que también han recibido atribuciones directamente de la ley.

En lo que concierne a la CREG, fue creada mediante el decreto 2119 de 1.992, y sus funciones específicas están dadas en la delegación de las funciones, previstas en el artículo 23 de la ley 143 de 1.994, que le hizo el Presidente de la República mediante los decretos 1524 de 15 de julio de 1.994 y 2253 de 1.994, en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 68 y 105 de la ley 142, en concordancia con el precitado artículo 23 de la ley 143, para efecto de las funciones que le asigna el artículo 370 de la Carta y en lo que sea compatible con ésta, en el artículo 11 del decreto 2119 de 1.992. ...”.

“...la Sala concluye, en primer lugar, que si bien la Constitución reserva a la ley la regulación del marco general de los servicios públicos, las Comisiones de Regulación participan también de una facultad reguladora, dada tanto por la misma ley, como recibida de la delegación que en ellas efectúe el Presidente de la República, delegación que se hizo mediante el decreto 1524 de 1.994, en relación con todas y cada una de las actualmente existentes, y mediante el 2253 del mismo año en lo relativo específicamente a la CREG, lo cual se

enmarca, entonces, en el artículo 370 de la Constitución.

Respecto de la facultad reguladora de dichos organismos, la Corte Constitucional dice que "...en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el acto reclamado" (Sentencia C-066 de 1.997).

En este orden de ideas se destaca su apreciación de que no sólo la ley puede regular los servicios públicos "pues la Carta atribuye competencias a otros órganos estatales", entre los cuales menciona al Presidente, de quien afirma que "no sólo conserva en esta materia, como en todos los campos, la potestad para reglamentar", sino que, además, tiene competencias propias en materia de servicios domiciliarios, según el artículo 370 de la Carta, que le atribuye la facultad de señalar, con sujeción a los parámetros que le fije la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, y le corresponde el ejercicio, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos, del control, inspección y vigilancia de las entidades prestadoras de tales servicios (sentencia C-272 de 1.998), y advierte en la misma sentencia que aquélla función constitucional "...es delegable, porque no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario. Esto es tan claro que la propia Asamblea Constituyente consideró viable atribuir esa facultad a un órgano autónomo, lo cual muestra que la posibilidad de delegación es compatible con la regulación general de los servicios públicos prevista en la Carta", y que "Esta delegabilidad es todavía más clara si se tiene en cuenta que

una interpretación sistemática de la Carta permite concluir que la potestad del artículo 370 la ejerce el Presidente como jefe de la administración, por lo cual sería incluso delegable en el anterior ordenamiento constitucional...".

Por su parte, el literal d) del artículo 74.1 de la Ley 142 de 1.994, delegó en la CREG la función de:

*" d) **Fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible;** o delegar en las empresas distribuidoras, cuando sea conveniente dentro de los propósitos de esta Ley, bajo el régimen que ella disponga, la facultad de fijar estas tarifas". (resaltado fuera de texto.)*

La Sala reitera en esta oportunidad lo expresado en la precitada sentencia, en cuanto a la facultad normativa de la CREG frente a la materia contenida en el acto acusado, pues esta guarda relación con las políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos, materia ésta que, pese a ser del resorte del Presidente de la República, puede ser delegada, como ya se vio, lo que fue avalado por la Corte Constitucional en sentencia de 6 de septiembre de 2000 (Expediente D-2863, Magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández).

En este orden de ideas se colige que, contrario a lo expresado por el demandante, la Comisión Reguladora de Energía y Gas -CREG- sí está facultada legalmente para fijar el régimen tarifario del gas combustible.

Frente a la inaplicabilidad de la Ley 142 de 1994, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 401 de 1997, esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia del 15 de abril de 2004, Expediente No. 7291 Consejero Ponente; Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, y ahora se reitera, que a las actividades tales

como la distribución y comercialización del gas combustible, sí se les son aplicables las disposiciones de la Ley 142 de 1994. Al afecto dicha Sentencia precisó:

"Prescribe la norma en cita:

"Artículo 11. Con el propósito de asegurar una prestación eficiente del servicio público de gas combustible que se transporte por red física a todos los usuarios del territorio nacional, las actividades distintas a su exploración, explotación y su procesamiento, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994.

"Parágrafo 1°. Las actividades de exploración, explotación, procesamiento y transporte de petróleo crudo, así como de sus productos derivados no estarán sujetas a las normas de la Ley 142 de 1994. Dichas actividades continuarán reguladas por las normas especiales contenidas en el Código de Petróleos, el Decreto 2310 de 1974 y por las disposiciones que los complementan, adicionan o reforman.

"Parágrafo 2°. Las competencias previstas en la Ley 142 de 1994 en lo relacionado con el servicio público domiciliario, comercial e industrial de gas combustible, sólo se predicarán en los casos en que el gas se utilice efectivamente como combustible y no como materia prima de procesos industriales petroquímicos".

El anterior precepto excluye de la aplicación de la Ley 142 de 1994 a las actividades de exploración, explotación, procesamiento y transporte del petróleo crudo y de sus derivados, pero las actividades distintas a estas, tales como la distribución y comercialización del gas combustible, contrario a lo sostenido por el actor, sí están sujetas a aquella.

Corroborar lo anterior, lo dispuesto, precisamente, en los artículos 1º y 14.21 y 14.28 de la Ley 142 de 1994:

Artículo 1º. Ámbito de aplicación de la ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, **distribución de gas combustible**, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley”.

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

“...

“14.21. Servicios públicos domiciliarios. Son los **servicios de** acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, **y distribución de gas combustible**, tal como se definen en este capítulo.

“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".

*En cuanto a que la actividad del transporte del petróleo crudo o de sus derivados no se regula por la Ley 142 de 1993, para la Sala es claro que tal exclusión se refiere al transporte del lugar de explotación al centro de acopio o gasoducto, más no al que se lleva a cabo entre los centros de almacenamiento y el consumidor final.
(...)"*.

A juicio del actor el acto acusado adolece de falsa motivación dado que no se presentaron ni los errores graves de cálculo ni la fuerza mayor o el caso fortuito de que trata el artículo 126 de la Ley 142 de 1994; y, por lo tanto, las fórmulas tarifarias establecidas en la Resolución CREG 083 de 1997 podían ser modificadas, de oficio, antes de cinco años, como lo establece la norma.

Al respecto se observa:

El artículo 126 de la Ley 142 de 1994, prevé:

*"Artículo 126. Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. **Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo,** que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas. Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la*

comisión no fije las nuevas" (negrilla del texto.).

La Resolución 010 de 20 de febrero de 2001, acusada, modificó el artículo 9° de la Resolución CREG 083 de 1997 que había fijado las fórmulas tarifarias para determinar los precios del GLP. Según consta en sus considerandos la administración tuvo en cuenta:

"Que mediante la Resolución CREG-083 de 1997, Artículo 9o., la CREG definió la fórmula para calcular los precios de GLP al usuario final y para el efecto determinó que la capacidad de un cilindro de 100 libras es de 23.7023 galones, la de un cilindro de 40 libras es de 9 .4809 galones y la de un cilindro de 20 libras es de 4.7405 galones;

Que la composición de GLP implícita en la mencionada fórmula corresponde a un GLP compuesto en su totalidad por propano puro, es decir GLP con una densidad relativa de 0.507 y un peso específico de 4.22 libras Por galón;

Que de acuerdo con los reportes diarios de composición de GLP suministrados por ECOPETROL, único abastecedor actual, el GLP producido en sus refinerías contiene otros componentes adicionales al gas propano puro tales como butanos, butilenos, pentanos y más pesados, con densidad relativa media de 0.5631 y peso específico medio de 4.68 libras por galón; es decir valores superiores a los del propano puro;

Que el mayor peso específico de las mezclas de GLP resulta en un menor número de galones por unidad de peso;

Que los factores de conversión establecidos en el Artículo 9o. de la Resolución CREG-083 de 1997 no corresponden a la composición del GLP que se vende en el país;

Que el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994, faculta a la Comisión de Regulación de Energía y Gas para modificar las fórmulas tarifarias adoptadas mediante acto administrativo, de oficio o a petición de parte, antes de su vencimiento, cuando sea evidente que se han cometido errores graves en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa;

Que una vez demostrado el error en los factores de conversión establecidos en el Artículo 9o. de la Resolución CREG-083 de 1997, la Comisión de Regulación de Energía y Gas debe corregir la fórmula que se utiliza para calcular el precio del GLP al usuario final, con el fin de que los factores de conversión utilizados en ella reflejen la composición del GLP que se distribuye en el país, y se protejan los intereses de los usuarios del Gas Licuado del Petróleo (GLP);

Que, igualmente, los actos administrativos de carácter general, pueden ser modificados por la autoridad competente, en ejercicio de la facultad atribuida por el Artículo 73 del Código Contencioso Administrativo;

Que como quiera que los actos administrativos rigen hacia el futuro, la corrección no tendrá efectos retroactivos, de conformidad con las reglas consagradas en la Ley 153 de 1887, que definen la vigencia de la ley (en sentido material), en el régimen jurídico nacional;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas en la Sesión No. 144 del 20 de febrero de 2001 acordó modificar las fórmulas para el usuario final de GLP;..."

Sobre el particular, la Sala considera que no le asiste razón al demandante, ya que, tal y como se

advierte en los considerandos anteriormente transcritos, **existió un error en los factores de conversión establecido en el artículo 9 de la Resolución CREG 083 de 1997** para calcular el precio del GLP al usuario final al no corresponder a la composición del GLP que se vende en el país, toda vez que la que se tuvo en cuenta en dicho acto corresponde a un GLP compuesto en su totalidad por propano puro cuya densidad relativa es de 0.507 y un peso específico de 4.22 libras por galón, cuando, el producido por ECOPETROL contiene valores superiores, producto de otros componentes adicionales al gas propano puro como son los butanos, butilenos y pentanos más pesados, con densidad relativa media de 0.5631 y peso específico medio de 4.68 libras por galón, lo cual se traduce en un menor número de galones por unidad de peso. (Destaca la Sala)

Lo anterior encuentra pleno respaldo en el documento CREG -045 del 20 de febrero de 2001, obrante a folios 489 a 494 del Expediente, que contiene la recomendación del Comité de Expertos presentada a consideración de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, consistente en modificar las fórmulas para determinar el precio de venta de GLP. Dicho documento, en lo pertinente señala:

"Los valores 23.7023, 9.4809 y 4.7405 de estas fórmulas corresponden al factor de conversión de volumen, galones, a peso, libras. Las densidades y pesos específicos de las mezclas del GLP nacional, al provenir principalmente de procesos de refinación para la producción de gasolinas, cambian en forma considerable a lo largo de tiempo (tipo de crudo cargado, aditivos y diseño del proceso, etc.) El considerar un factor de conversión de volumen a peso de GLP inmodificable en el tiempo no está acorde con esta realidad. Este factor de conversión debería reflejar, en la

medida de lo posible, las características reales del GLP que el usuario final está recibiendo...

(...)

...las características del GLP implícitas en la conversión utilizada en la fórmula corresponden exactamente con las del propano puro... (valor densidad relativa con respecto al agua de 0.50669)...Al momento de realización de estudio de Econometría, la información suministrada por ECOPETROL mostró que el GLP comercial colombiano tenía una densidad específica media de 0.5408. A su vez, Ecopetrol ha reportado a la CREG información diaria de la composición de las mezclas de GLP producido nacionalmente, correspondiente a los siguientes periodos: julio 1 de 1999 a febrero 3 de 2000, mayo 1 a junio 15 de 2000, agosto 1 a 15 de 2000, octubre 1 de 2000 a enero 31 de 2001...

En conclusión, con base en datos reales la densidad específica media de la mezcla difiere de la densidad específica media implícita en la fórmula vigente. Este el error de cálculo encontrado en las fórmulas vigentes.

(...) "

De tal manera que al haberse presentado el error de cálculo en la fórmula tarifaria consagrada en la Resolución 083 de 1997, la CREG de oficio y antes del vencimiento de los 5 años de que trata el artículo 126 de la Ley 142 de 1997 arriba transcrito, podía modificarla a través de la expedición del acto acusado teniendo en cuenta que dicho error lesionaba injustamente los intereses de los usuarios.

Por otra parte, es claro que el artículo 127 de la Ley 142 de 1994 consagra la actuación administrativa que debe adelantar la comisión para poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente, antes

de doce meses de la fecha de vencimiento de la vigencia de las fórmulas tarifarias, cuando no se haya presentado alguna de las causales exceptivas de que trata el artículo 126 ibídem.

Tampoco le asiste razón al actor al afirmar que ha debido darse cumplimiento a la actuación administrativa consagrada en el Capítulo II de la Ley 142 de 1994, pues de la lectura de los artículos 107 a 112 de la misma se infiere que tal actuación debe llevarse a cabo cuando se expidan actos de carácter particular, no para actos de carácter general como lo es en este caso la Resolución No. 010 de 20 de febrero de 2001 acusada.

Por esta misma razón tampoco existe violación del artículo 73 del C.C.A.

En este orden de ideas como el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto acusado es del caso negar las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia."

De la cosa juzgada

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del C.C.A.:

"Artículo 175.- La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero sólo en relación con la *causa petendi* juzgada. (...) "

En el presente caso, los cargos planteados por la actora se refieren en particular a:

1.- Falta de competencia de la CREG para hacer las regulaciones a que se contrae la Resolución núm. 010 de 20 de febrero de 2001.

2.- Violación de la Constitución y la ley por considerar que con las resoluciones acusadas se desconocen las disposiciones contenidas en el Preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 13 y 29 de la Constitución Política.

3.- Expedición irregular por cuanto no aplicó el procedimiento previsto para modificar la Resolución acorde con lo establecido en los artículos 14, 28, 34, 35, 47, 48, 73 y 74 del C.C.A. acorde con el artículo 124 de la Ley 142 de 1994.

4.- Falsa motivación, por cuanto no podía la CREG modificar las tarifas antes del término de vigencia de las mismas, esto es, cinco años.

Como se anotó en la referida sentencia, la Sala en esa oportunidad concluyó que, contrario a lo expresado por el demandante, la Comisión Reguladora de Energía y Gas -CREG- sí está facultada legalmente para fijar el régimen tarifario del gas combustible.

Igualmente, reiteró la jurisprudencia de la Sección frente a la aplicabilidad de la Ley 142 de 1994, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 401 de 1997, en la cual la Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia de 15 de abril de 2004, Expediente No. 7291 Consejero Ponente; Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, y se dispuso que a las actividades relacionadas con la distribución y comercialización del gas combustible, sí les son aplicables las disposiciones de la Ley 142 de 1994.

En relación con la falsa motivación, la cual hace consistir en que hubo un error al fijar el monto de la tarifa, también la sentencia que analizó la legalidad de la Resolución 010 de 2001, se pronunció para concluir que el error de cálculo en la fórmula tarifaria consagrada en la Resolución 083 de 1997, permitía a la CREG de oficio y antes del vencimiento de los 5 años de que trata el artículo 126 de la Ley 142 de 1997 arriba transcrito, modificarla a través de la expedición del acto acusado teniendo en cuenta que dicho error lesionaba injustamente los intereses de los usuarios.

Al haberse acreditado que los cargos en esa oportunidad son los mismos que se plantearon en esta demanda, habrá lugar a estarse a lo resuelto en la referida sentencia y declarar de oficio la excepción de cosa juzgada, respecto

de la Resolución 010 de 2001, como en efecto se dispondrá.

De la legalidad de la Resolución 044 de 2001

Los cargos planteados en este proceso contra la Resolución 044 de 2001, coinciden con los planteados en el proceso adelantado contra la Resolución 010 de 2001 y particularmente en relación con la tarifa, al afirmar en su texto que *"una vez demostrado el error en los factores de conversión establecidos en el artículo 4° de la Resolución CREG-083 de 1997, la Comisión de Regulación de Energía y Gas debe corregir la fórmula que se utiliza para calcular el precio del GLP al usuario final, con el fin de que los factores de conversión utilizados en ella reflejen la composición del GLP que se distribuye en el país, y se protejan los intereses de los usuarios del Gas Licuado del Petróleo (GLP)."*

En este sentido la Sala prohíja la referida sentencia frente a los cargos de competencia de la GREG para expedir el acto acusado, la aplicación de la Ley 142 de 1994, la violación de la Constitución Política y de la Ley, en particular de los artículos 13, 29 y 58 de la Constitución Política, así como de las disposiciones contenidas en el C.C.A., artículos 14, 28, 34, 35, 47, 48, 73 y 74 y el artículo 124 de la Ley 142 de 1994,

frente a las actuaciones administrativas y el cargo relativo a la falsa motivación, pues coinciden con los cargos planteados contra la Resolución 010 de 2001.

De otra parte, reitera la Sala que la Resolución 044 de 2001, es de carácter general y abstracto y no como lo señala la parte accionante que se trata en realidad de un acto administrativo de carácter particular y concreto, en cuanto afecta única y exclusivamente a las empresas distribuidoras de GLP, la mayoría de las cuales son las demandantes, que son las únicas en el país a las que se les aplica la medida.

La sentencia que se pronunció sobre la legalidad de la Resolución 010 referida *in extenso*, deja claramente expresado que las Resoluciones acusadas expedidas por la CREG en ejercicio de su facultad reguladora son de carácter general, pues el hecho de que sean únicamente las empresas prestadoras del servicio las destinatarias de los efectos derivados de las mismas, no les quita el carácter de actos de contenido general, pues lo que persiguen es hacer efectivas la Constitución y la ley en materia de la prestación de los servicios públicos, en este caso del gas licuado del petróleo; lineamientos que debe fijar la Comisión de Regulación por expresa disposición de la Constitución Política y la ley, particularmente la Ley 142 de 1994 y demás desarrollos legislativos.

En este sentido la Sala se pronunció², al señalar:

"(...)la Sala concluye, en primer lugar, que si bien la Constitución reserva a la ley la regulación del marco general de los servicios públicos, las Comisiones de Regulación participan también de una facultad reguladora, dada tanto por la misma ley, como recibida de la delegación que en ellas efectúe el Presidente de la República, delegación que se hizo mediante el decreto 1524 de 1.994, en relación con todas y cada una de las actualmente existentes, y mediante el 2253 del mismo año en lo relativo específicamente a la CREG, lo cual se enmarca, entonces, en el artículo 370 de la Constitución.

Respecto de la facultad reguladora de dichos organismos, la Corte Constitucional dice que "...en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el acto reclamado" (Sentencia C-066 de 1.997).

En este sentido la Sala reitera que con la expedición de la Constitución Política de 1991, se incorporaron nuevas normas de carácter económico y regulatorio, con el objeto de desarrollar los principios del Estado Social de Derecho, y en materia de Servicios Públicos Domiciliarios, la intervención del Estado en la economía, para garantizar la libre competencia y proteger a los consumidores y usuarios, en pro del interés general.

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de agosto de 2000, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa Expediente núm. 5920.

De otra parte, en tratándose del ejercicio de la actividad reguladora de la CREG, que por excepción le ha otorgado la Constitución Política y la ley, para dictar normas de carácter general en asuntos de su competencia (art. 370, C.P. y 68 de la Ley 142 de 1994), y según lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-1162 de 2000:

"(...) En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

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.

Bajo estas premisas, para la Sala la resolución 044 de 2001 acusada es de carácter general, en tanto modifica la Resolución 083 de 1997 y adiciona la Resolución 010 de 2001, para superar el error en que se había incurrido en uno de los factores que componen la tarifa del servicio público de GLP y que generaba una afectación sensible a los usuarios del servicio, cuya prestación se encuentra en cabeza de las empresas constituidas para el efecto, así sean determinables.

No asiste razón a la parte accionante, cuando afirma que las resoluciones acusadas afectan única y exclusivamente a las empresas distribuidoras de Gas Licuado de Petróleo (GLP), así sean las únicas en el país a las que se les aplica la medida, pues hoy pueden serlo unas y en el futuro otras que se constituyan para prestar el servicio público y lo que se está regulando, se reitera, es la tarifa de un servicio público de acuerdo con los factores, que de manera técnica se han establecido.

Por ello, no había lugar a agotar procedimiento alguno en particular, pues en tratándose de actos de contenido general expedidos en ejercicio de las facultades otorgadas por la Constitución Política y la Ley 142 de 1994 y con el alcance dado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1162 de 2000, su objeto es intervenir con criterio técnico para fijar las tarifas del servicio de GLP.

De otra parte, si bien el error provino de la misma CREG, era a ella a la que correspondía corregirlo, no como lo advierte la actora con detrimento de los intereses de las empresas prestadoras sino para garantizar y amparar los derechos de los usuarios quienes son los que se iban a ver afectados, beneficiando a las empresas prestadoras, sin fundamento legal. Por ello, no se desconoce el artículo 29 de la Carta Política.

Tampoco procede la alegada violación del artículo 58 de la Constitución Política, porque no es posible predicar derechos adquiridos frente a la regulación tarifaria que efectúa la CREG en ejercicio de su competencia, pues no se trata de actos de contenido particular y ellos se expiden para garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, la libre competencia y los derechos de los usuarios de manera general.

En relación con el cargo de falsa motivación contra la Resolución 044 de 2001, que radica en que contiene una variación de criterios en la determinación de la fórmula tarifaria y no en un grave error de cálculo, condición ésta que aluden las normas para admitir una variación anticipada de fórmulas tarifarias por la Administración.

Sobre este aspecto se prohíja la sentencia que negó las súplicas de la demanda contra la Resolución 010 de 2001, y que señaló en este sentido:

"(...) De tal manera que al haberse presentado el error de cálculo en la fórmula tarifaria consagrada en la Resolución 083 de 1997, la CREG de oficio y antes del vencimiento de los 5 años de que trata el artículo 126 de la Ley 142 de 1997 arriba transcrito, podía modificarla a través de la expedición del acto acusado teniendo en cuenta que dicho error lesionaba injustamente los intereses de los usuarios.

Por otra parte, es claro que el artículo 127 de la Ley 142 de 1994 consagra la actuación administrativa que debe adelantar la comisión para poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente, antes de doce meses de la fecha de vencimiento de la vigencia de las fórmulas tarifarias, cuando no se haya presentado alguna de las causales exceptivas de que trata el artículo 126 ibídem.

Tampoco le asiste razón al actor al afirmar que ha debido darse cumplimiento a la actuación administrativa consagrada en el Capítulo II de la Ley 142 de 1994, pues de la lectura de los artículos 107 a 112 de la misma se infiere que tal actuación debe

llevarse cabo cuando se expidan actos de carácter particular, no para actos de carácter general como lo es en este caso la Resolución No. 010 de 20 de febrero de 2001 acusada.

Por esta misma razón tampoco existe violación del artículo 73 del C.C.A. (...)."

De otra parte, argumenta la parte accionante que "el deterioro cada vez mayor de los márgenes, ha hecho que en los últimos seis años hayan desaparecido más de cien (100) empresas. En los cincuenta años que lleva la industria del GLP nunca había ocurrido algo tan grave."

Sin embargo, como lo señala la CREG, tal afirmación carece de sustento probatorio; por el contrario, la estructura sectorial se ha ajustado a las señales económicas y de libre competencia previstas en el nuevo régimen jurídico de la prestación del servicio, a partir de la creación, fusión y liquidación de empresas. Además, el estudio realizado por la CREG a través de la firma ECONOMETRÍA CONSULTORES, rendido en enero de 1998, antes de entrar en vigencia el nuevo margen definido por la CREG, demuestra que para esa fecha la industria ya venía presentando la situación que la actora pretende atribuir al margen de distribución fijado por la Comisión.

Agrega la CREG que con el objeto de adoptar la decisión, *"para efectos de la conversión de galones a libras, lo más coherente era considerar la información pertinente*

correspondiente al año inmediatamente anterior", la cual fue reportada por ECOPETROL, único gran comercializador del país en ese momento.

En estos términos, agrega la accionada "Lo que hizo la Resolución demandada fue corregir un error en un elemento de la fórmula, distinto del componente D, correspondiente a la actividad de distribución, como consecuencia del cual los usuarios pagaban más del gas del que realmente recibían y los distribuidores recibían un pago por un costo en el que no incurrían". Por ello, señala no hay lugar a reconocer al distribuidor un margen distinto, como el denominado "ingreso por rendimiento" al que refiere la demanda.

Habiéndose precisado que la Resolución 044 de 2001 expedida por la CREG, lo fue en ejercicio de la competencia atribuida por la Constitución y la ley, acorde con los postulados normativos contenidos en la Ley 142 de 1994, no se encuentra viciada de nulidad por los vicios de falta de competencia, expedición irregular o falsa motivación, la Sala concluye que la legalidad de la Resolución 044 de 2001, por los cargos invocados, no fue desvirtuada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de cosa juzgada respecto de la Resolución 010 de 2001 por los cargos planteados en esta demanda y las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO.- NEGAR las demás súplicas de la demanda, por los motivos señalados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- RECONOCER personería para actuar a la abogada Nancy Rocío Suarez Quintero como apoderada especial de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG, para los fines y con el alcance del poder otorgado obrante a folio 192.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.



MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO