

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil quince (2015)

Ref.: Expediente  
25000232400020030051501  
AUTORIDADES NACIONALES  
Actoras: Compañías Asociadas de Gas S.A.  
E.S.P. y otras

Se decide en única instancia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la parte actora contra la Resolución N° 005 de febrero 12 de 2003, *“Por la cual se establecen los factores de capacidad en galones para cilindros de GLP para la determinación del precio de venta al público”*, expedida por el Viceministro de Minas y Energía delegado del Presidente de la República y por el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG.

**I. LA DEMANDA**

La parte demandante, quien actúa por conducto de apoderado judicial, conformada por las siguientes empresas constituidas como sociedades

anónimas y empresas de servicios públicos distribuidoras minoristas de GLP: Compañías Asociadas de Gas ASOGAS; Colgas de Occidente; Gas de Santander; Gases de Antioquia; Montagas; Nortesantandereana de Gas NORGAS; UNDIGAS; Unigas Colombia; Gases del Norte; Disgas Bogotá; Perlagas de Ocaña; Electrogas; Autogas; Industrias Proveedoras de Gas PROGAS; Gas Ocaña; Energas; Gas Soatá; Gas Boyacá; Gas Gombel; Plexa; Portagas; Surgas; Gases del Meta Gas Puerto López; Gas del Meta; Gas Zipa; Unigas del Pacífico; Distrigases de Guaduas; Distribuidora de Gas Avigas; Grupo Gases de Caldas; Marchagas de Caldas; Gas Araucarias; Isagas; Ramírez González Rojas y CIA S.C.A.; interpusieron acción de nulidad y restablecimiento del derecho tipificada en el artículo 85 CCA<sup>1</sup>, con el fin de que se reconozcan las siguientes:

## **1.1. Pretensiones:**

Que se declare la nulidad de la Resolución N° 005 de febrero 12 de 2003 expedida por el Viceministro de Minas y Energía delegado del Presidente de la República y por el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, *“Por la cual se establecen los factores de capacidad en galones para cilindros de GLP para la determinación del precio de venta al público”*.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Minas y a la CREG a pagar a las actoras, la totalidad de los perjuicios en sus modalidades de lucro cesante y daño emergente, perjuicios que se reconocerán según liquidación que se realice en el curso del proceso. Sin embargo estimó la

---

<sup>1</sup> El escrito de la demanda figura a folios 55 al 144 del cuaderno de primera instancia

cuantía de las pretensiones por el daño causado a las actoras en una cifra superior a los 300 s.l.m.v.

Advirtió el apoderado de la parte demandante que la acción se circunscribe básicamente, a las modificaciones de las variables de las fórmulas tarifarias para llegar al precio del público de GLP, lo cual tiene incidencia directa en los márgenes de comercialización y en los costos de los distribuidores del GLP Gases Licuados del Petróleo.

## **1.2. Hechos:**

Señaló el apoderado de las sociedades demandantes que la industria del Gas Licuado del Petróleo, GLP, comúnmente conocido como gas propano, es una industria cuya actividad principal es la distribución de dicho producto en cilindros portátiles, en áreas rurales y urbanas.

Indicó que el GLP es una mezcla de gases que pueden o no estar asociados con el petróleo pero que se obtiene de la refinación del petróleo o del gas natural, que luego de este proceso se transporta en grandes cantidades por tuberías llamadas poliductos para ser entregados a las almacenadoras y éstas luego a su vez los entregan a los distribuidores minoristas de GLP, quienes lo envasan en cilindros portátiles para luego ser entregadas al consumidor final.

Mencionó que existe una cadena de entes de intermediación del producto GLP, conformada por el gran comercializador que en nuestro país es ECOPETROL, entidad que lo vende a los almacenadores o distribuidores mayoristas por volumen o sea por galones y se paga por volumen, pero que al momento de la

venta al usuario final se hace por libras, lo cual distorsiona la capacidad en los cilindros portátiles donde se envasa el GLP.

El apoderado de las actoras adujo que el sistema de precios del GLP, está regulado en los sitios donde Ecopetrol entrega el producto y que en el resto de poblaciones, el sistema que opera es el de libertad vigilada, esto es que, adicional al precio máximo regulado, los distribuidores de GLP pueden cobrar el costo del transporte entre el sitio de recibo del gas y la localidad correspondiente.

Afirmó que en vigencia de la Ley 1ª de 1984, la potestad legal de reglamentar todas las actividades referentes a esta industria, estaba radicada en el Ministro de Minas y Energía, entre ellas fijar el margen de comercialización de los distribuidores de GLP, dentro del cual se encontraba el “rendimiento” producido por propiedades físico químicas del mismo.

Dicha potestad se mantuvo en vigencia del Decreto Ley 2119 de 1992 que modificó la estructura del Ministerio de Minas y Energía, pero que luego de la expedición de los decretos 1524 y 2253 ambos de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG comenzó a ejercer las funciones de regulación del GLP. Que en virtud del artículo 83 de la Ley 142 de 1994 que regula el régimen de los servicios públicos domiciliarios, el Presidente de la República efectuó dictamen en el que manifestó que esta legislación era también aplicable a la distribución del GLP, por lo que la CREG comenzó a regular esta actividad económica.

Se refirió el apoderado de la parte demandante, a los antecedentes regulatorios de la Resolución N° 005 de 2003 objeto de nulidad, mencionando que han sido innumerables las resoluciones expedidas por la CREG, cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 que prevé que las fórmulas tarifarias tienen una duración de cinco años, pero que entre el año 1996 y el 2001, han sido expedidas más de doce resoluciones modificando el régimen tarifario y sin haber cumplido el procedimiento previsto en los artículos 124, 126 y 127 **idem**. Citó a manera de ilustración, las resoluciones 073 del 10 de septiembre de 1996, 111 del 26 de noviembre de 1996, 117 del 28 de noviembre de 1996, 083 y 084 ambas del 29 de abril de 1997, 110 del 10 de julio de 1997, 144 del 29 de agosto de 1997, 154 del 1 de septiembre de 1997, 035 del 25 de febrero de 1998, 044 del 7 de mayo de 2001 y las resoluciones 005, 009 y 010 del 12, 14 y 20 de febrero de 2002 respectivamente.

Afirmó la parte actora, que las citadas resoluciones, determinaron los márgenes de comercialización de la cadena formada por el Gran Comercializador Ecopetrol, los Distribuidores Mayoristas que son los que tienen la planta de almacenamiento y los Distribuidores Minoristas de GLP, que lo transportan desde la planta de almacenamiento hasta la planta de llenado para ser envasado en cilindros portátiles para luego ser distribuido en todo el territorio nacional.

Indicó que los ingresos de los distribuidores minoristas provenían de dos fuentes, la primera, del margen cuantificado expresamente en las resoluciones tarifarias e indexado con el IPC según la Resolución 083 de 1997, y por la otra fuente, por el denominado “rendimiento” del margen, entendido éste como margen proveniente de las propiedades físico químicas del GLP, cuyas

constantes de equivalencia de peso y volumen dependen de la composición propia del mismo en cada uno de los sitios donde se procesa.

A juicio de la parte actora, el acto objeto de la presente demanda lo mismo que las resoluciones 010 y 044 ambas de 2001 y la resolución 009 de 2002, no sólo no consideraron adecuadamente el “rendimiento” -lo que generó constantes medidas erróneas sobre peso, volumen y densidad-, sino que lo hicieron sin el consentimiento de los mencionados distribuidores del GLP y sin el cumplimiento del procedimiento establecido en los artículos 124 a 127 de la Ley 142 de 1994.

De otra parte y como era de esperarse, manifestó el apoderado de la parte actora que los bajos márgenes de comercialización de los distribuidores de GLP, se debieron, entre otros factores endógenos y exógenos al hecho de que el ingreso del único Gran Comercializador ECOPETROL se encuentre inadecuadamente internacionalizado en dólares, dado que el GLP no se importa ni se exporta, mientras que el margen de los distribuidores colombianos se encuentra fijado en pesos y referenciado al I.P.C.; los hurtos constantes a los vehículos de distribución de los dineros recaudados por las ventas y de los cilindros; la mala calidad del GLP producido por ECOPETROL; los sobrecostos de las empresas para dar cumplimiento a la Ley 142 de 1994; la entrada del gas natural; la problemática por el estado de los cilindros y la restricción por parte de las autoridades regionales a la circulación de los vehículos que transportan el GLP cada vez que se anuncia un paro, etc.

Señaló que el tema del “rendimiento” eliminado por las resoluciones 010 y 044 ambas de 2001, por la Resolución 009 de 2002 y ahora por el acto atacado, había sido asumido por la CREG como parte del margen de comercialización y que esta Comisión, está integrada por expertos de las más altas calidades profesionales, por lo que no encuentra justificación para que se desconozca esta situación del rendimiento.

Debido a la anterior situación, luego de ser expedida la Resolución CREG 010 de 2001, que originó la expedición de la Resolución 005 de 2003 objeto de demanda, mediante las cuales modificaron las variables tarifarias del GLP, tanto la Asociación Gremial Colombiana de Comercializadores de Gas AGREMGAS así como ECOPETROL, solicitaron en sendas comunicaciones a la CREG, la suspensión temporal de la aplicación de dichos actos y manifestaron las razones técnicas y económicas de su inconveniencia, lo cual afectaría a toda la cadena, pues al cerrarse los canales de distribución, se verían también afectados los productores, transportadores, comercializadores mayoristas y los usuarios.

Como inconvenientes de la decisión adoptada en el acto acusado, señaló: la disminución del ingreso real y del margen de los minoristas en un 30% en promedio debido al cambio de la densidad para efectos del cálculo del precio de venta al público en cilindros lo cual acarrea la pérdida de la viabilidad económica de las empresas (distribuidores minoristas); y el perjuicio a los distribuidores de Cartagena y Apiay, por cuanto la densidad del producto es mucho menor que la del GLP de Barrancabermeja y menor aún que el índice adoptado por la CREG en la Resolución acusada.

A pesar de lo anterior y de las solicitudes de revocatoria directa de la Resolución 010 de 2001, que fue reproducida idénticamente por el acto acusado y que produce efectos negativos en los distribuidores minoristas de GLP, la CREG no cambió la decisión en dichos actos adoptada, lo que representa un atentado contra la libertad de empresa y sana competencia, al modificarse de un momento a otro las reglas del juego, pues se les obligó a variar su estructura tarifaria, por lo que tal determinación unilateral va en contravía de los anteriores principios y se convierte en una expropiación sin indemnización, al variarse los márgenes de comercialización que se habían reconocido a los distribuidores minoristas de GLP.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

Las normas invocadas como vulneradas por el acto acusado son las siguientes: los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 29, 58, 83, 113, 150, 334 y 365 de la Constitución Política; 11 de la Ley 401 de 1997; 10, 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994; 14, 28, 29, 30, 34, 35, 47, 48, 73, 74 y 246 del CCA; 6º de la Ley 58 de 1982; 1.508 y 1.509 del Código Civil y las resoluciones de la CREG 111 de 1996, 083 de 1997 y 035 de 1998.

El concepto de la violación lo enfocó el apoderado de las sociedades actoras, bajo dos ópticas, la primera en cuanto a la violación de las normas de rango superior contenidas en la Constitución Política y la segunda, respecto de la violación de la Ley, ubicando en este segundo enfoque, los siguientes cargos de nulidad: i) falta de competencia; ii) violación de las normas de la Ley 142 de 1994; iii) falsa motivación, falta de motivación y desviación de poder de la Resolución 005 de 2003; iv) desconocimiento de una situación particular y

concreta; v) falta de notificación del acto acusado y vi) violación de la Ley 58 de 1982. Finalmente se refirió a la posición de la Corte Constitucional frente al tema de la competencia de la CREG para regular el tema analizado.

**En cuanto al primer enfoque de la demanda, alusivo a la violación de las disposiciones de la Constitución Política**, señaló el apoderado de la parte demandante que el acto acusado desfiguró el sentido y los alcances del Estado Social de Derecho, dado que se trató de una imposición de la administración, de manera unilateral e inconsulta, lo que condujo a la violación de los principios que lo orientan como el de orden justo que consulte la equidad con el objetivo de lograr el mayor beneficio para la colectividad, de allí que resultara desconocido el carácter participativo de nuestra democracia.

Con la decisión adoptada por la CREG, no se cumplió la función que tienen las autoridades de la República de proteger los bienes y demás derechos adquiridos de las personas residentes en el país y no se acató el principio de igualdad, que pregona la igualdad de trato por quienes ejercen autoridad ante circunstancias iguales o semejantes.

Se desconoció la libertad de empresa y sana competencia, al modificar en forma unilateral el acto, las condiciones de actividad y funcionamiento de los distribuidores minoristas de GLP, en perjuicio de competir en igualdad de condiciones y sobrevivir en el mercado.

Afirmó que el acto acusado violó el debido proceso por las siguientes razones: i) al haber sido expedido con base en el cambio del criterio técnico de la CREG y sin apoyo técnico; ii) en su expedición no se respetaron la plenitud de las formas propias de cada juicio, debido a la ausencia total de todo trámite administrativo previo a las decisiones adoptadas; iii) desconoció el derecho de defensa de terceros interesados ya que la decisión se adoptó sin proceso previo de ninguna clase; iv) vulneró el derecho a la prueba ya que el acto cuestionado se adoptó sin prueba técnica que fundamentara tal determinación.

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

Señaló que la tarifa fijada en la Resolución No. CREG-083 de 1997, debía haber regido por cinco (5) años, es decir que su vencimiento debía producirse el 1º de marzo de 2003 (sic), 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 reguladores 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 lesionen 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, mucho más teniendo en cuenta que en más de una oportunidad, 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. Que los anteriores supuestos no se dieron en el caso **sub judice**.

Según el apoderado de la actora, se violaron 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.

**En cuanto al segundo enfoque de la demanda relativo a la violación de la Ley**, el apoderado de la parte demandante lo fundamentó en los siguientes cargos:

**1.3.1. Falta de competencia de la CREG para regular el tema del GLP.**

Adujo que deviene como consecuencia del contenido del párrafo 1º del artículo 11 de la Ley 401 de 1997, al interpretarlo en el sentido de que no se aplicarán las disposiciones de la Ley 142 de 1994, para los casos de la distribución por cilindros portátiles de GLP que es la actividad que realizan sus distribuidores. En suma, que la Ley 142 de 1994, no le es aplicable a la industria del GLP, sin embargo la CREG sigue asumiendo competencias que no le han sido conferidas.

**1.3.2. Violación de la Ley 142 de 1994**, al considerar que 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.

Lo anterior, por cuanto 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.

Aduce que en el sub lite, no hubo 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 que tampoco, han tenido ocurrencia las circunstancias excepcionales que consagra la Ley para modificarlas antes del mencionado término, pues las constantes fijadas por los expertos de la CREG que venían desde la Resolución CREG 11 de 1996 y 083 de 1997, en las que se sostenía que el “rendimiento” hacía parte integral del margen de comercialización, no podía ser utilizado como argumento para alegar la existencia de un error grave que permitiera a la CREG habilitarla para modificar las tarifas antes del vencimiento señalado, como lo hizo en el acto acusado.

De otra parte, el vocero de la demandante alegó que la CREG no dio cumplimiento al procedimiento administrativo para la revisión del modelo tarifario señalado en el artículo 127 de la Ley 142 de 1994, 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 efectuaría el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente y luego se aplicaría lo dispuesto en el artículo 124 ídem; pues la fecha de los 12 meses empezaría a contarse a partir del 1º de marzo de 1998 por lo que según el artículo 126 ídem su aplicación por cinco años sería hasta el 1º de marzo de 2003, procedimiento que no fue cumplido ni en tiempo ni en los términos señalados en las normas en estudio.

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 judice, 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 sí en cambio, 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.

**1.3.3. El tercer cargo de la demanda consistió según las actoras, en la falsa motivación y falta de motivación adecuada del acto acusado,** por cuanto el origen de la Resolución 005 de 2003 objeto de nulidad, fue consecuencia de la expedición de la Resolución 010 de 2001 al haber advertido esta última en su parte considerativa, *“que se han cometido errores graves en su cálculo que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa.”*

A juicio del apoderado de la parte demandante, este argumento no es cierto, pues la CREG desde el año 1995, declaró que el “rendimiento” hacía parte del margen de comercialización y por ello, no se podían modificar de oficio las constantes de la fórmula tarifaria, ya que el rendimiento es una realidad fáctica de las propiedades físico químicas del GLP, por lo que al no tenerse presente lo anterior, se podría generar pérdida para el distribuidor minorista de GLP, quien al venderlo se ve enfrentado a una composición del Gas distinta a la que este combustible tenía al momento en que lo recibió, lo cual significa para el vendedor una menor cantidad de producto para la venta comparándola con la que tenía al momento de recibirlo del mayorista.

Sostuvo que resultó probado, que el supuesto error grave de cálculo que adujo la CREG en la resolución 010 de 2001 antecedente de la Resolución 005 de 2003, no se evidenció por dos razones: i) porque la CREG era consciente de las propiedades, composición del GLP en cada campo de explotación y refinación y de sus propiedades físico químicas, lo que impedía que se utilizaran constantes que predijeran cómo iba a reaccionar el GLP y, ii) porque la composición del GLP fueron consideradas como “ingreso por rendimiento” de los distribuidores del Gas, tal y como así lo expuso la comunicación de la CREG del año 1995 suscrita por la doctora Eva María Uribe Tobòn en la que dijo, que dentro del margen del distribuidor minorista se encontraban los ingresos por rendimiento.

Recordó que los únicos errores que permiten ser modificados de oficio, son los simplemente aritméticos, supuesto que no puede ser aplicado al presente caso, pues la modificación que se hizo fue estructural del régimen tarifario.

En consecuencia la única forma que tenía la administración de sacar de la vida jurídica la Resolución 010 de 2001, era demandando su propio acto administrativo ante esta jurisdicción, bajo la figura de la acción de lesividad. Sostener que los expertos de la CREG no conocían la existencia del rendimiento del producto, NO ES CIERTO.

En suma para la parte actora, resulta evidente la existencia de una falsa motivación en la Resolución 005 de 2003, toda vez que los motivos esgrimidos por la CREG en las resoluciones 010 y 044 ambas de 2001, 009 de 2002 y por tanto en el propio acto acusado, no tienen el carácter jurídico de “error grave”, que tal entidad le pretendió dar.

De otra parte, en cuanto a la falta de motivación, la parte actora consideró que la Resolución 005 de 2003, no puede alegar como motivación suficiente lo señalado en la parte considerativa de este acto. Por tanto, la resolución enjuiciada careció de una motivación adecuada, en los términos en que lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Corporación, al no evidenciar que obedezca a una motivación seria, adecuada, suficiente e íntimamente relacionada con la decisión adoptada. Recordó que para evitar la desviación de poder, la tendencia es la de exigir que todos los actos administrativos sin excepción, contengan la motivación adecuada que indujo a la autoridad a que expresara su voluntad.

**1.3.4. Como cuarto cargo de nulidad esgrimió el denominado desconocimiento de una situación jurídica particular y concreta,** al afirmar el apoderado de las demandantes que el acto enjuiciado, no es un

acto administrativo de carácter general, pues está obligando a aplicarla a un número determinado de personas –los distribuidores minoristas de GLP-, por lo que entra al ámbito de una situación jurídica concreta y particular de un derecho adquirido, perjudicando directamente a este grupo de personas, a quienes según el artículo 73 CCA, se les debió solicitar expresamente su consentimiento de manera previa a la promulgación de la medida cuestionada.

Así mismo adujo que 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 podía 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, a quienes se les tenía reconocida por tanto una “situación jurídica consolidada” o derecho adquirido. De allí, que al haberse adoptado la determinación unilateral cuestionada en el acto acusado, además de desconocer el principio anterior, condujo también en una expropiación sin indemnización.

**1.3.5. El quinto cargo o causal de nulidad invocado por la parte demandante es el de falta de notificación del acto administrativo acusado,** al afirmar que la CREG no adelantó ninguna gestión oficial tendiente a la notificación personal de este acto administrativo particular y concreto, que perjudica directamente a los distribuidores de GLP, por lo que no puede la administración aducir que omitía su notificación por haberla publicado en el

Diario Oficial. Señaló que también omitió informar en la publicación, los recursos procedentes contra el acto, vulnerando los artículos 47 y 48 del CCA. además que les impidió a los distribuidores de GLP, aportar pruebas o allegar informaciones tendientes a desvirtuar la inconveniencia de la decisión, desconociendo el artículo 34 **idem**.

**1.3.6. Como sexta causal de nulidad las actoras invocaron la violación del artículo 6º de la Ley 58 de 1982**, disposición normativa que establece que *“Los titulares de derechos o intereses legítimos que puedan ser afectados por un procedimiento administrativo podrán solicitar que se le tenga como parte del mismo”*.

Lo anterior por cuanto el cambio en el peso específico y la densidad que sirve de base para modificar la fórmula tarifaria, hechos que perjudican a las actoras ya que las coloca en posición de trabajar a pérdida pues les desconocen el “rendimiento”, resultaban ser motivos suficientes para que fueran tenidas en cuenta las sociedades demandantes como parte, previa a la expedición del acto acusado.

Finalmente se refirió la parte demandante, a la posición de la Corte Constitucional frente a la competencia de la CREG para regular el tema analizado, teniendo como fundamento la postura de la Corte Constitucional fijada en la sentencia C- 1162 del 6 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente Doctor José Gregorio Hernández Galindo, en la que al analizar la constitucionalidad del artículo 69 de la Ley 142 de 1994 sobre la organización y

naturaleza de las comisiones de regulación, dejó claro que éstas no podrán legislar, ni reglamentar, ni fijar políticas y menos llenar vacíos del legislador.

Adujo que la Resolución 005 de 2003 adolece de inconstitucionalidad e ilegalidad, como quiera que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, se atribuyó funciones legislativas, reglamentarias y de política que para ese momento no tenía, resultando vulnerado el principio constitucional de la buena fe.

## **II. CONTESTACION DE LA DEMANDA**

El Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la acción incoada, con fundamento en los siguientes argumentos<sup>2</sup>:

Descartó el cargo relativo a la violación de las normas de la Constitución Política, al afirmar que la actuación de la administración se ajustó a las premisas de legalidad, democracia y participación ciudadana, además que expresó en su más alto sentido, el valor de la justicia, aplicada a los ámbitos político, económico y social como se demostrará al analizar los cargos de violación de la Ley.

---

<sup>2</sup> El memorial contentivo de la contestación de la demanda, obra a folios 53 al 73 del cuaderno 2

Sostuvo que contrario a lo esgrimido por la parte demandante, el acto acusado se inspiró en la prevalencia del interés general y en la defensa de los principios señalados como vulnerados que se encuentran fijados en el artículo 2º superior, por tanto lejos de vulnerar esta disposición legal, la realiza. Discrepó del demandante quien consideró que el acto violó el principio de igualdad, por cuanto no precisó en qué sentido había impuesto a las sociedades actoras, una carga excesiva o desproporcionada frente a la sociedad, que pudiera implicar discriminación o tratamiento desigual.

Indicó el apoderado de la entidad demanda, que la CREG no ha elegido a determinados sectores para favorecerlos o discriminarlos, ya que 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 la Ley.

El acto acusado no vulneró el artículo 334 de la Constitución Política, en materia de libertad de empresa y “sana competencia”, entre otros aspectos, porque no es el artículo 334 sino el 333 el que los consagra y además, porque al tratarse de un derecho económico no es un derecho absoluto, sino que se encuentra sujeto a restricciones por razones de interés general, aunado a que según el artículo 365 idem, es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional y, para tal efecto, debe regularlos y ejercer control y vigilancia sobre los mismos.

Esgrimió que tampoco resultó violado el artículo 58 de la Constitución Política que consagra el derecho a la propiedad y los demás derechos adquiridos, pues el acto acusado que modificó las fórmulas tarifarias, lo hizo con arreglo a la Ley 142 de 1994. En efecto, el derecho adquirido a que la fórmula tarifaria se mantuviera por el término legal de cinco años, tiene una excepción consagrada en la misma ley (artículo 126), que hace desvanecer el presunto derecho adquirido, pues obligaba 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”*, tal y como lo dispone el artículo 126.

**Respecto de la violación de la ley, al afirmar la parte demandante que la CREG carecía de competencia para regular el GLP según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 401 de 1997**, tampoco está llamado a prosperar, por cuanto la norma dice lo contrario de lo que entendió el apoderado de la demandante. Lo anterior, teniendo de presente que el primer inciso del artículo 11 **idem** dispone que *“las actividades distintas”* a la exploración, explotación y procesamiento del gas combustible, se rigen por la Ley 142 de 1994”, lo cual significa que actividades como el transporte, distribución, comercialización y almacenamiento del gas combustible, quedan sujetas a regulación por parte de la CREG.

Adicionalmente indicó que el párrafo 2º de la norma citada, dispone que las competencias atribuidas por la Ley 142 de 1994, en lo concerniente al servicio público domiciliario de gas combustible, se ejercerán cuando el gas *“se utilice efectivamente como combustible y no como materia prima de procesos industriales petroquímicos”*. Por tanto, el caso del GLP que se

utiliza como combustible en la prestación del servicio público domiciliario, no es materia prima para ningún proceso industrial petroquímico, por lo que estas actividades están sometidas a la Ley 142 de 1994 y por ende, a la función de regulación que ejerza la CREG.

**En cuanto al cargo relativo a la violación flagrante de la Ley 142 de 1994**, a juicio de la parte demandada no se evidencia, por cuanto el argumento de la demanda según el cual el término de los cinco años de vigencia asignado a las fórmulas de tarifas en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, no se puede acoger ya que le otorga un carácter absoluto, rígido e inmodificable, cuando lo cierto es que la misma disposición legal estableció excepciones que permiten la revisión anticipada de las fórmulas.

Respecto del cuestionamiento que la demanda le dio al carácter excepcional, evidente y grave del error en la previa determinación de la fórmula tarifaria por parte de la CREG, que luego fue enmendado por la Resolución N° 010 de 2001, señaló que se trata de aspectos que se encuentran soportados documentalmente desde el punto de vista jurídico y técnico, en la propia parte considerativa de esta resolución. Destacó el hecho de que esta Resolución 010 no es objeto de la presente acción y que la Resolución 005 de 2003 que sí lo es, no adoptó ninguna decisión relacionada con la afectación del plazo de cinco años, como lo dice la actora.

Desestimó igualmente la presunta violación de los artículos 14, 28 y 34 del CCA, por cuanto la actuación administrativa que condujo a la expedición del acto enjuiciado, no se inició a petición de ningún administrado por lo que no

se trató de un derecho de petición en interés general. Tampoco de la actuación se podría deducir que resultaran afectados, en forma directa, pues los distribuidores del GLP, no están atados a adquirir el producto en determinadas zonas del país, pues tienen el privilegio de comprar donde les resulte más barato y de mejor calidad. Respecto de la negativa en la práctica de pruebas, sostuvo que no obra prueba que acredite que algún interesado la hubiera pedido y se la hubiera negado la CREG.

Para el apoderado de la entidad demandada, la Resolución 005 de 2003 es un acto de carácter general y por tanto, no es susceptible de recurso alguno por vía gubernativa, razón suficiente para descartar la violación de los artículos 47, 48, 73 y 74 del CCA y para afirmar que no era necesaria la previa aplicación de las normas del capítulo II de la Ley 142 de 1994.

Respecto a la modificación de las fórmulas tarifarias cuando se encuentran errores de cálculo que lesionan los intereses de los usuarios o de las empresas, afirmó la parte demandada que se trata de una obligación que el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 les ha impuesto a las respectivas Comisiones sin que para ello sea necesario adelantar un procedimiento determinado, como lo analizó el Consejo de Estado en sentencia del 18 de abril de 2002, Expediente No. 6610, Consejero Ponente Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

**En cuanto al cargo relativo a la falsa motivación y falta de motivación adecuada de la Resolución 005 de 2003**, consideró el apoderado de la entidad demandada que este cargo es propuesto con una tortuosa estrategia,

al cuestionar la legalidad de la resolución demandada, por motivos que se endilgan a otra resolución como lo es la 010 de 2001, al afirmar expresamente que el origen del acto acusado era esta última resolución.

De acuerdo con lo anterior, dado que el concepto de violación debe cuestionar la legalidad de la Resolución 005 de 2003, la actora se desvió a debatir las motivaciones de un acto que no fue el demandado en este proceso como lo es la Resolución 010 de 2001, por lo que se está frente a una circunstancia que le niega todo fundamento a este cargo.

**Por su parte en lo que tiene que ver con el cargo de la demanda relativo al desconocimiento de una situación jurídica particular y concreta,** al considerar la parte demandante que la Resolución 005 de 2003 es un acto particular y concreto que violó normas del CCA y los derechos adquiridos de los distribuidores del GLP, razón por la cual la administración no podía revocar dicho acto sin el consentimiento expreso de dichos titulares, a juicio de la demandada es una interpretación que no puede ser reconocida.

Lo anterior, por cuanto el acto acusado es de carácter general y contiene normas de regulación económica para el mercado del GLP que no afecta situaciones jurídicas particulares preexistentes, ni permite en forma alguna inferir que contiene decisiones que “revoquen” situación jurídica individual para el grupo de los empresarios de servicios públicos, ni menos se les está desconociendo sus derechos adquiridos, por el hecho de que la legislación anterior les hubiera reconocido titularidad de presuntas situaciones jurídicas individuales firmes e irrevocables, hecho que daría lugar a que no se podría

ni legislar ni regular en el campo de los servicios públicos y se paralizarían la economía y el desarrollo social del país.

**De otra parte, en cuanto a la falta de notificación del acto administrativo,** afirmó la parte demandante que precisamente por las mismas razones expuestas en precedencia para desestimar el cargo anterior, no puede ser acogida la tesis de que el acto acusado debía haber sido notificado a los distribuidores de GLP en el país y someterse al trámite de la vía gubernativa indicando los recursos que procedían, como lo censuró la demandante.

Lo anterior, teniendo de presente que la Resolución 005 de 2003 es un acto administrativo de carácter general, que se lleva al conocimiento de la colectividad por medio de su publicación en los medios oficiales, por tanto no debía notificarse personalmente ni estaba sometido a los recursos propios de la vía gubernativa.

**Respecto del cargo alusivo a la violación del artículo 6º de la Ley 58 de 1982,** afirmó el apoderado de la CREG que no puede ser acogido, como quiera que esta disposición legal lo que hace es reconocer un derecho dispositivo a los ciudadanos del cual pueden o no hacer uso. De allí que esta norma no impone a la administración, ninguna obligación específica que debe originarse en su propia iniciativa, ya que la obligación emerge para la administración únicamente a partir del momento en que los interesados, efectivamente soliciten que se les tenga como parte en el procedimiento administrativo.

En todo caso destacó que en el presente caso, los presuntos interesados no ejercieron su derecho, no solicitaron ni reclamaron en oportunidad ante la CREG, para que se les permitiera intervenir en el procedimiento previa a la expedición del acto acusado, motivo por el cual no se puede deducir violación del artículo 6º de la Ley 58 de 1982.

En punto a la posición asumida por la Corte Constitucional frente a la competencia de la CREG para regular el tema, al referirse a la Sentencia C-1162 de 2000 que invocó la parte demandante, con la aparente intención de demostrar que el acto acusado invade la órbita del legislador vulnerando los artículos 113 y 150 de la Constitución Política, afirmó el apoderado de la CREG que el apoderado de las actoras, no explicó las razones por las cuales de manera concreta se transgredió esta doctrina constitucional.

Al contrario señaló que la resolución objeto de nulidad es fiel desarrollo de la jurisprudencia citada, por cuanto en dicho acto no consta que se hubiera expedido en ejercicio de la función legislativa, ni como reglamentación directa de la Constitución.

Por tanto, contrario a lo entendido por la parte demandante, el acto acusado desarrolla fielmente los preceptos económicos de la Constitución y sus desarrollos legales, además que atiende a los intereses generales, velando porque al consumidor no se le engañe, ni por calidad ni por cantidad del producto que le ofrece el mercado y cree adquirir.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSION**

De acuerdo con certificación de fecha 11 de marzo de 2013 expedida por el Secretario de la Sección Primera<sup>3</sup>, dentro del término de traslado concedido para alegar de conclusión, se allegó memorial suscrito por la apoderada de la CREG, en fecha extemporánea.

### **IV-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Delegado en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación no rindió concepto.

### **V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **5.1. Contenido de los actos administrativos demandados**

El acto objeto de la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, es del siguiente tenor literal:

“REPUBLICA DE COLOMBIA  
Ministerio de Minas y Energía

---

<sup>3</sup> Figura a folio 183 del cuaderno 2

COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS

**RESOLUCION Nº 005 DE 2003**

(12 de Febrero)

Por la cual se establecen los factores de capacidad en galones para cilindros de GLP para la determinación del precio de venta al público.

**LA COMISION DE REGULACION DE ENERGIA 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

**CONSIDERANDO:**

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 9 de la Resolución CREG-083 de 1997, modificado por el Artículo 1 de la Resolución CREG-010 de 2001 y por el Artículo 2 de la Resolución CREG -044 de 2001,

establece que con base en la información que reporten los grandes comercializadores sobre la composición de las mezclas de GLP comercializadas nacionalmente, la CREG determinará los factores que determinan la capacidad, en galones, de cada tipo de cilindros de GLP utilizado para la distribución de GLP;

Que el Artículo 2º de la Resolución CREG 009 de 2002 fija los factores de capacidad en galones para determinar el precio de venta de GLP en cilindros al usuario final, para el año 2002, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones anteriormente mencionadas;

Que ECOPETROL como único Gran Comercializador de GLP, reportó a la CREG las composiciones promedio del GLP producido durante el año 2002 en cada una de las refinerías de Barrancabermeja, Apiay y Cartagena;

Que ECOPETROL, como único Gran Comercializador de GLP, reportó a la CREG información sobre las importaciones de GLP realizadas en los meses de julio y agosto de 2002, y las características del producto importado;

Que con base en la información reportada por ECOPETROL se calculó la densidad relativa del GLP producido por ECOPETROL en cada refinería, y del GLP importado.

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas en la Sesión N° 208 del 12 de febrero de 2003, acordó establecer los factores de capacidad en galones para cilindros de GLP con el objeto que las empresas distribuidoras puedan determinar el precio de venta al usuario final de que tratan las Resoluciones CREG-083 de 1997, CREG-010 de 2001 y CREG-044 de 2001;

## RESUELVE:

**Artículo 1º. Aplicación de factores de capacidad (f) de acuerdo con la fuente de producción.** Para calcular los precios de venta en cilindros al usuario final, las empresas distribuidoras de GLP aplicarán los factores de capacidad (f) indicados en el Artículo 2º de esta Resolución, de acuerdo con el sitio de donde provenga el GLP que distribuyen en cilindros.

**Artículo 2º.** Modifícase el Artículo 2º de la Resolución CREG 009 de 2002 así:

**‘ARTICULO 2º. Factores de capacidad, en galones, de cilindros de GLP (f).** Fíjense los siguientes factores para determinar el precio de venta de GLP en cilindros, al usuario final’.

Fuente de Producción	MAXIMO VOLUMEN DE GLP f				
	f 100	f 40	f 20	f 30	f 80
<b>B/BERMEJA</b>	21.37 2	8.549	4.27 4	7.05 3	16.45 7
<b>APIAY</b>	22.54 1	9.016	4.50 8	7.43 8	17.35 6
<b>CARTAGEN A</b>	22.11 1	8.844	4.42 2	7.29 7	17.02 6

**Artículo 3º. Vigencia de los factores (f).** Los factores indicados en el anterior artículo serán revisados por la CREG de acuerdo con la información reportada por los Grandes Comercializadores,

como lo establece el Artículo 9 de la Resolución CREG 083 de 1997, modificado por el Artículo 1 de la Resolución CREG 010 de 2001 y por el Artículo 2 de la Resolución CREG 044 de 2001. Estos factores estarán vigentes hasta tanto la CREG no publique unos diferentes.

**Artículo 4º. 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.

## **PUBLIQUESE Y CUMPLASE**

Dado en Bogotá, D.C. el día 12 de Febrero de 2003.

**MANUEL MAIGUASHCA OLANOJAIME ALBERTO BLANDON DIAZ**

Viceministro de Minas y Energía

Director Ejecutivo

Delegado del Ministro

Presidente”

### **5.2. Cuestión Previa**

Se considera necesario mencionar, que mediante providencia del 13 de julio de 2006 expedida por esta misma Sección<sup>4</sup>, se confirmó el auto apelado de fecha 26 de febrero de 2004 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto

---

<sup>4</sup> El auto figura a folios 26 al 32 del cuaderno número 2

admisorio de la demanda y ordenó remitir por competencia el expediente a esta Corporación, al considerar que la resolución acusada era un acto de contenido general proferido por una autoridad del orden nacional y del cual no podían deducirse efectos particulares, individuales y concretos, motivo por el que el control de legalidad correspondía en única instancia a esta instancia judicial.

Esta Sección, compartió el argumento anteriormente expuesto, teniendo de presente la competencia fijada por el artículo 128, numeral 1 del CCA, según el cual, dada la calidad de las partes, por ser éste el factor prevalente para determinarla, en el caso en estudio el acto acusado era un acto general expedido por una autoridad nacional como lo es el Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), razón suficiente para que su conocimiento y resolución correspondiera a esta Corporación en única instancia.

En la citada providencia del 13 de julio de 2006 se estableció lo siguiente:

“Las actoras aducen que por haberles causado perjuicios la resolución acusada, la acción pertinente contra ésta es la de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede intentarse aun contra actos de contenido general.

Sobre este punto la Sala debe precisar que si bien la jurisprudencia de esta Corporación admite la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos de carácter general, el acto de que se trate debe producir efectos concretos o individuales de manera directa e inmediata, de manera que los perjuicios causados a una persona determinada se deriven directamente de su texto.

Ya en cuanto a la competencia, tratándose de la pretensión de nulidad de un acto de contenido general expedido por una autoridad del orden nacional, la Sala considera que corresponde al Consejo de Estado, en única instancia, según lo dispuesto en el artículo 128-1 CCA, por razón de la calidad de las partes, por ser este el factor prevalente para determinarla.” (subrayas fuera de texto)

### **5.3. Planteamiento del debate jurídico.**

El argumento principal de inconformidad esgrimido en la demanda consiste en que a juicio de las sociedades actoras, la administración, por conducto de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, modificó de manera unilateral y arbitraria -pues carecía de competencia para hacerlo-, el régimen tarifario que determinaría los precios de los Gases Licuados del Petróleo GLP que se le cobraría al usuario final, asunto que obviamente tiene incidencia directa en los márgenes de comercialización y los costos o mejor, de las ganancias que dejarían de percibir, los distribuidores del gas.

En igual sentido afirmó el libelo demandatorio, que la Resolución N° 005 de febrero 12 de 2003 objeto de la presente demanda de nulidad, tuvo su origen en la expedición de varias resoluciones de la CREG, entre ellas, la 010 y 044 ambas de 2001 y en la 009 de 2002.

Pues bien, luego de revisado el contenido de la Resolución 005 de febrero 12 de 2003 objeto de la presente demanda de nulidad, se observa que el

propósito de este acto administrativo no es otro distinto, que el de establecer o fijar los factores de capacidad en galones de cilindros de Gas Licuado de Petróleo GLP (*f*) para la determinación del precio de venta que el público tendrá que pagar, factores que debían ser aplicados por las empresas distribuidoras de GLP, lo cual implicaba según el artículo 2º del acto acusado, la modificación del artículo 2º de la Resolución CREG 009 de 2002.

Ahora bien, los cargos de la extensa demanda interpuesta por las sociedades actoras a través de un único apoderado judicial, se pueden resumir en los siguientes: que la determinación adoptada en el acto acusado incurrió en violación de normas de la Carta Política, por cuanto desconoció los principios y los fines que orientan nuestro Estado Social de Derecho; la obligación que tienen las autoridades de la República de proteger a todas las personas en sus bienes; que el acto administrativo es incompatible con la Constitución Política; que transgredió el principio de igualdad discriminando a un sector de la población como lo es el gremio de los distribuidores de GLP; que desconoció las plenitud de las formas propias del procedimiento; que la CREG invadió la órbita del Congreso de la República, al expedir el acto demandado pues ejerció una facultad que no le correspondía; que el contenido de la resolución enjuiciada, desconoce el derecho a la libertad de empresa y sana competencia, pues al adoptar la decisión unilateral modificó las condiciones de la actividad desarrollada por los distribuidores del Gas, quienes se verían perjudicados para poder sobrevivir en el mercado.

Así mismo consideró la parte demandante, que la Resolución 005 de 2003, desconoce el artículo 58 que garantiza los derechos adquiridos que tenían las actoras, al haber modificado de la manera como lo hizo, las fórmulas

tarifarias de las actividades que ejercían los distribuidores del GLP, razón por la cual desconoció el principio de la buena fe que debe orientar las actuaciones de las autoridades públicas, de allí que solicitara se declarara la responsabilidad de los servidores públicos que habían expedido el acto acusado.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la solicitud de declarar la nulidad del acto demandado porque violó normas legales, la parte actora la enfocó en los siguientes aspectos: que la CREG carecía de competencia para expedirlo, en virtud del artículo 11 de la Ley 401 de 1997; que desconoció los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994 y por ende el procedimiento de notificación de los actos administrativos particulares a la luz del CCA; que la Resolución 005 de 2003 adolece de falsa motivación y de falta de motivación adecuada; que no tuvo en cuenta una situación particular y concreta que afectaba al gremio de los distribuidores del GLP; que no fue debidamente notificada a este grupo poblacional y que se les impidió que concurrieran al procedimiento administrativo previa a su expedición, lo cual transgredió el artículo 6º de la Ley 58 de 1982.

#### **5.4. Acatamiento del precedente jurisprudencial**

Pues bien, un aspecto que fue reiterado a lo largo de la demanda contra la Resolución 005 de 2003, consistió en que para la parte demandante este acto fue expedido como consecuencia de la Resolución 010 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”*, acto

administrativo que modificó la fórmula tarifaria establecida en la Resolución 083 de 1997 y que a su vez, luego fue modificado por la Resolución 044 del 7 de mayo de 2001. De allí que para las sociedades actoras, la Resolución 005 de 2003 adolece de falsa motivación.

Según lo expuesto en el devenir de la actuación procesal adelantada y en la parte considerativa de la Resolución 005 de 2003 objeto de demanda, se tiene que este acto administrativo tuvo como fundamento para su expedición la siguiente motivación:

“Que el artículo 9 de la Resolución CREG-083 de 1997, modificado por el Artículo 1 de la Resolución CREG-010 de 2001 y por el Artículo 2 de la Resolución CREG 044 de 2001, establece que con base en la información que reporten los grandes comercializadores sobre la composición de las mezclas de GLP comercializadas nacionalmente, la CREG determinará los factores  $f$  que determinan la capacidad, en galones, de cada tipo de cilindros de GLP utilizado para la distribución de GLP;

Que el artículo 2 de la Resolución CREG 009 de 2002 fija los factores de capacidad en galones para determinar el precio de venta de GLP en cilindros al usuarios final, para el año 2002, de conformidad con lo dispuesto en las resoluciones anteriormente mencionadas”. (subrayas fuera de texto)

En vista de que tal y como lo afirmó la demandante, encuentra la Sala acreditado que la Resolución 005 de 2003 tuvo como antecedente la Resolución 010 del 20 de febrero de 2001, acto administrativo que fue objeto de demanda de nulidad ante esta Corporación, resulta necesario atenerse a

los antecedentes jurisprudenciales proferidos en aquella oportunidad en torno a los temas ahora cuestionados.

**5.4.1. Es así como, esta Sala se pronunció respecto de la legalidad de la Resolución 010 de 2001**, cuya demanda se apoyó en los mismos, por no decir idénticos temas, que sirvieron de fundamento para los cargos y planteamientos a través de los cuales se enfocó la presente demanda de nulidad, **mediante sentencia del 9 de junio de 2005 radicado 11001-03-24-000-2003-00209-01 con ponencia de este Despacho**, providencia mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Según lo expuesto, la Sala prohiará en el caso objeto del presente examen, las consideraciones esgrimidas en el fallo del 9 de junio de 2005, como quiera que los supuestos de hecho y de derecho analizados en dicha oportunidad, son idénticos a los cuestionados en el acto administrativo demandado Resolución 005 de 2003, tal y como se verá enseguida.

**Es así como, respecto del cargo relativo a la falta de competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG**, la parte demandante en el expediente objeto del actual examen, lo fincó en el hecho de que la CREG al expedir el acto cuestionado, vulneró el contenido del artículo 11 de la Ley 401 de 1997, asunto que fue también planteado y discutido en el fallo con radicado 2003-00209-01, motivo suficiente para aplicar los criterios allí expuestos *mutatis mutandi* al caso en estudio.

Sobre el tema dijo la Sala en aquella oportunidad lo siguiente:

“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...". (subrayas fuera de texto)

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.”** (negritas y subrayas fuera de texto)

**5.4.2. Intimamente relacionado con el tema de la falta de competencia de la CREG al expedir el acto acusado, está el cargo relativo a la distribución y comercialización del gas combustible GLP, ya que para ASOGAS, a esta industria del sector del Gas no le son aplicables las disposiciones de la Ley 142 de 1994, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 401 de 1997.**

Sobre este tema, resultan pertinentes las determinaciones adoptadas en la sentencia del 15 de abril de 2004 radicado 2001-00253-01 (7291) M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta<sup>5</sup>, las cuales son también prohijadas en la presente oportunidad, como quiera que fueron abordadas por ASOGAS en los mismos términos en que fueron analizadas en el citado fallo.

---

<sup>5</sup> En el radicado 2001-00253-01 se demandó en virtud del artículo 84 del C.C.A., la nulidad del artículo 4º de la Resolución 48 de 11 de agosto de 2000, “por la cual se establece para el servicio público domiciliario de distribución de los Gases Licuados del Petróleo (GLP), el valor del Margen para seguridad y se adoptan otras disposiciones relacionadas con este servicio”, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Acerca de la aplicabilidad de las normas de la Ley 142 de 1994, se dijo lo siguiente:

“En primer término, el actor sostiene que 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).

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 1º.** *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 2º.** *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.

Corroborra 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". (subrayas fuera de texto)*

Según lo transcrito, la CREG sí era competente para expedir la Resolución 005 de 2003 y sus decisiones relativas a la distribución y comercialización del GLP, están sometidas a las directrices de la Ley 142 de 1994.

**5.4.3. Otro cargo de la presente demanda, que también fue analizado en la sentencia del 9 de junio de 2005 radicado 2003-00209-01, es el relativo a la flagrante violación de los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994,** al considerar ASOGAS y las otras demandantes que la Resolución 005 de 2003, vulneró el término de la vigencia de las fórmulas tarifarias que es de cinco años; que no se estaba ante una situación excepcional que ameritara la modificación antes de los cinco años, porque no era evidente un grave error de cálculo. Igualmente para la actora, lo que la CREG debió hacer no era expedir el acto acusado sino, adelantar el procedimiento dispuesto en el artículo 127 de la Ley 142 de 1994, en armonía con lo dispuesto en el artículo 124 **idem** que remite a las normas del CCA.

Pues bien, los anteriores cuestionamientos, como ya se dijo, fueron analizados en la sentencia proferida por este despacho el 9 de junio de 2005 radicado 2003-00515, motivo por el cual los criterios allí expuestos se prohijarán en la presente demanda, poniendo de presente que en aquella oportunidad la Sala interpretó este cargo como el de “falsa motivación del acto demandado”, que en dicha ocasión fue la Resolución 010 de 2001.

En aquel fallo se dijo lo siguiente:

“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 fuera de texto.).

La Resolución 010 de 20 de febrero de 2001, acusada, modificó el artículo 9º 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:

(...)

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.

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 es 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 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.” (subrayas fuera de texto)

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la CREG no incurrió en violación de ninguna disposición de la Ley 142 de 1994 al expedir la Resolución 005 de 2003, como lo aseguró la parte demandante.

**5.4.4.** De otra parte, resultan de suma importancia las consideraciones esgrimidas en la **sentencia del 31 de julio de 2014 radicado 25000-23-24-000-2005-00654-01 M.P. Guillermo Vargas Ayala**, expediente en el que se analizó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la sociedad Autogas S.A. E.S.P. y otras, contra la Resolución 001 del 24 de febrero de 2005 *“Por la cual se establecen los factores de capacidad en galones para cilindros de GLP para la determinación del precio de venta al público”*, expedida por la CREG, acto similar al ahora enjuiciado.

**La Sala prohiará las consideraciones expuestas en el fallo del 31 de julio de 2014, en torno al tema de la supuesta falsa motivación y falta de motivación adecuada de la Resolución 005 de 2003**, como quiera que los supuestos de hecho y de derecho analizados en dicha oportunidad, también son idénticos a los cuestionados en el acto administrativo demandado - Resolución 005 de 2003-.

En efecto, en el proceso objeto de este análisis, para la actora la Resolución 005 de 2003 adolece de falsa motivación, por cuanto no es cierto que se evidenció error grave de cálculo, que ameritara la modificación de los factores que debían aplicar las empresas distribuidoras de GLP, para determinar el precio de venta del gas en cilindros al usuario final, por cuanto este no se trata de un simple error de cálculo sino que se constituye en un cambio estructural en las fórmulas tarifarias.

En suma la falsa motivación se evidencia, según la parte actora, porque los motivos expuestos por la CREG en las resoluciones 010 y 044 de 2001, 009 de 2002 y en la que es objeto de la presente demanda, no tienen el carácter jurídico de “error grave”. A su turno censuró que los considerandos de la Resolución 005 de 2003 objeto de nulidad, no son serios, ni adecuados, además que son insuficientes y no están íntimamente relacionados con la decisión que se adoptó, por lo que incurrió el acto acusado en falta de motivación adecuada.

Ahora bien, en la sentencia de esta Sección que se prohíja, con ponencia del Magistrado Guillermo Vargas Ayala, sobre estas mismas causales de nulidad ahora estudiadas, sostuvo:

“La Sala encuentra que tanto uno como otro señalamiento carecen de vocación de prosperidad, toda vez que antes que ocuparse con cuestiones predicables de la Resolución No. 01 de 2005 destacan o remiten a aspectos propios de la Resoluciones No. 10 y 44 de 2001. Esto, por cuanto el objeto de la resolución que aquí se controvierte (No. 01 de 2005) no es otro que, como se declara en su rúbrica y se observa en su contenido, establecer “los factores de capacidad en galones para los cilindros de GLP para la determinación del precio de venta al público”. Esto significa que lejos de establecer una fórmula tarifaria específica para el cálculo del valor final del producto, como lo quieren hacer parecer los actores, define tan solo uno de los componentes de dicha fórmula (prevista por las Resoluciones No. 10 y 044 de 2001) a efectos de permitir su aplicación.

En efecto, fueron las Resoluciones No. 10 y 044 de 2001 las que con base en el error advertido (“los factores de conversión establecidos por el artículo 9º de la Resolución CREG-083 de 1997 no corresponden a la composición del GLP que se vende en el país”, señala la parte motiva de la Resolución No. 10 de 2001) modificaron la fórmula fijada por el artículo 9º de la precitada Resolución No. 083 de 1997. Uno de los factores de la fórmula tarifaria definida ( $PD100 = PVN * f100 + D100t$ ) es  $f$ , que corresponde a la capacidad en galones de un cilindro de una determinada capacidad. Y de acuerdo con lo previsto por las Resoluciones No. 10 y 44 de 2001  $f$  corresponde a una variable que será determinada por la CREG de acuerdo con la composición del GLP suministrada por los grandes comercializadores. Así, el objeto de la resolución demandada no es otro que determinar, justamente, ese factor con base en los reportes de información de los grandes comercializadores. De aquí que nada tenga que ver la Resolución No. 01 de 2005 ni con el cambio de fórmula (llevado a cabo por

las Resoluciones No. 01 y 44 de 2001), ni con la definición arbitraria o subjetiva de una densidad estándar del GLP, pues no es ese su objeto.

Se trata, entonces, de un cargo que se revela desenfocado, y que mal puede ser acogido. Máxime cuando la validez del error invocado por la CREG para la modificación de la fórmula tarifaria efectuada por la Resolución No. 10 de 2001 ya fue objeto de valoración por esta Corporación con base en un cargo similar al que ahora se plantea y fue hallado legítimo<sup>6</sup>. Nada hay entonces que reprochar al aspecto motivacional de la Resolución No. 01 de 2001, que tan solo fija uno de los factores contenidos en la fórmula definida a efectos de establecer la capacidad en galones de los cilindros empleados para la distribución del GLP”.  
(subrayas fuera de texto)

Según el precedente jurisprudencial transcrito, en el **sub iudice** la Resolución 005 de 2003 objeto de nulidad, no adolece ni de falsa motivación ni de adecuada motivación, ya que la parte considerativa se observa acorde con la decisión que se adoptó en la parte resolutive del acto, además que resulta seria, adecuada y suficiente, contraria a como lo demandó la actora.

**5.4.5. Otro tema que fue analizado juiciosamente en la sentencia prohiada del 31 de Julio de 2014, es el relativo a la naturaleza jurídica de la Resolución 001 de 2005 que en dicha oportunidad se revisó, argumento que en la presente oportunidad es acogido y que sirve para desvirtuar el cargo relativo al desconocimiento de una situación particular y concreta y a la falta de notificación del acto acusado, como**

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de junio de 2005, Rad. No. 11001-03-24-000-2003-00209-01. C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

quiera que la sentencia prolijada fue enfática en calificar la Resolución 001 de 2005, como un acto general y no como uno particular y concreto.

En el expediente objeto del presente examen, el apoderado de la parte demandante, insistió en calificar la Resolución 005 de 2003 como un acto administrativo particular y concreto, en la medida en que afectó situaciones jurídicas particulares preexistentes -que asimiló a derechos adquiridos en cabeza de los distribuidores del GLP-, motivo por el que afirmó que para su modificación, debía la administración haber contado con previa autorización y con el agotamiento del procedimiento previsto en las normas del CCA, artículos 28, 35 y 74 entre otros:

Sea lo primero señalar, que sobre esta censura ya se hizo alusión en el acápite del numeral 5.2. cuestión previa, al referirse la Sala que en el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmado por esta Sección, se declaró la nulidad de lo actuado porque la Resolución 005 de 2003, es un acto general y no particular ni concreto.

En todo caso, conviene reiterar dada la similitud con el caso en estudio, las consideraciones puestas de presente en la sentencia radicada con el número 2005-00654-01, en la que se dijo lo siguiente:

“Pese a las complejidades que presenta la diferenciación entre actos administrativos generales y particulares, sus implicaciones no pueden pasarse por alto. Así, mientras que estos últimos crean, modifican o extinguen una situación jurídica individual y concreta, aquellos encerrarán siempre una norma jurídica, de

modo que con independencia del número de personas que sean sus destinatarios o de los efectos positivos o negativos que supongan sobre ellos, representan siempre una innovación del ordenamiento jurídico establecida en términos impersonales y abstractos, esto es, sin consideración de ninguna persona específica ni de ningún caso en particular. De aquí que durante su vigencia un acto administrativo general o reglamento sea susceptible de aplicarse a un número indeterminado de supuestos: sea uno o sean múltiples, las reglas fijadas serán aplicables mientras estén vigentes y deberán considerarse en todos aquellos eventos que se enmarquen en las condiciones fácticas y jurídicas que constituyen su ámbito de aplicación. El acto administrativo particular, en contraste, al no contener una norma jurídica sino una decisión adoptada para un caso concreto tiene un alcance limitado, no solo porque crea un vínculo entre sujetos determinados (semejante al que ocurre en presencia de un contrato o de cualquier negocio jurídico), sino también que obliga a que una vez agotado su cumplimiento sea necesario adoptar nuevas decisiones para ocasiones semejantes que se presentan en el futuro<sup>7</sup>.

(...)

Estas consideraciones permiten despejar cualquier duda sobre la naturaleza jurídica de la Resolución No. 01 de 2005 y, de paso, sobre el régimen que debe regir la expedición del acto atacado. Que en un mercado regulado exista un número determinado de agentes destinatarios de las medidas adoptadas por el regulador, y que éstas puedan tener sobre ellos efectos favorables o desfavorables resulta indiferente desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de las determinaciones adoptadas; nada de ello tiene la virtud de trocar en particulares decisiones que son por definición reglas de derecho de carácter impersonales y abstractas.”

---

<sup>7</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General*, 3ª Edición, Madrid, Tecnos, 2007, p. 183.

Según la jurisprudencia transcrita, no le asiste ninguna duda a la Sala en cuanto a la naturaleza jurídica de la Resolución 005 de 2003, como un acto administrativo general y no particular y concreto como lo demandó la parte actora, razón suficiente para no haber sido notificada a los distribuidores del GLP en los términos en que lo planteó la demanda, ni tampoco para haberse agotado lo previsto en los artículos 28, 34, 35, 44, 47, 48 y 50 y siguientes del CCA.

**5.4.6. Finalmente se invocó como argumento de demanda en el actual expediente 2003-00515-01, que la CREG violó el artículo 6º de la Ley 58 de 1982,** en la medida en que la demandada no citó ni comunicó a los distribuidores del GLP o a los terceros interesados en la decisión que se adoptaría, previa a la expedición de la Resolución 005 de 2003, motivo por el cual no pudieron solicitar que se les tuviera en cuenta como parte del mismo, pese a las grave incidencia de la decisión que se adoptaba.

El artículo 6 de la Ley 58 de diciembre 28 de 1982 *“Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Contencioso-Administrativo”*, establece: *“Los titulares de derechos o intereses legítimos que puedan ser afectados por un procedimiento administrativo **podrán** solicitar que se les tenga como parte en el mismo”*.

Teniendo de presente que el acto demandado es de carácter general, observa la Sala que esta disposición fue interpretada de manera equivocada por la parte demandante, como quiera que al no estarse en presencia de un

acto particular y concreto, se descarta el cumplimiento del supuesto de hecho de la norma, pues los distribuidores del GLP no eran titulares de derechos o intereses adquiridos, por lo que no tendrían que haber sido convocados por la CREG obligatoriamente para que participaran en la actuación administrativa, previa a la expedición del acto acusado.

Del mismo modo, comparte la Sala la afirmación del apoderado de la CREG en la contestación de la demanda según la cual, el artículo 6º de la Ley 58 de 1982 en ningún momento obliga a los titulares de derechos o intereses legítimos a que concurran a un procedimiento administrativo, ya que se trata de una facultad discrecional de la que pueden hacer o no uso.

### **5.5. Consideraciones finales**

Observa la Sala que la parte demandante a pesar de que enunció como violado el artículo 10 de la Ley 142 de 1994, no fundamentó el concepto de dicha violación, motivo por el cual la Sala está relevada de emitir pronunciamiento alguno. Igual situación se presenta cuando invocó como causal de nulidad del acto acusado el desvío de poder, ya que apenas se limitó a afirmar “...*hoy se tiene la tendencia de exigir que todos los actos, sin excepción, contengan la motivación que induce al órgano a expresar la voluntad.*”, afirmación que para nada fundamenta la razón de la inconformidad.

De acuerdo con la jurisprudencia prolijada que da cuenta que la CREG sí tenía competencia para expedir la Resolución 005 de 2003, pierde solidez el cargo de la demanda según el cual esta entidad sustituyó la labor del Congreso de la República al haber legislado sobre un tema del cual carecía de competencia, de allí que el acto acusado no violó los artículos 113 y 150 de la Carta Política. Por tanto, lo que se observa es que la parte actora, interpretó de manera equivocada las consideraciones expuestas en la Sentencia C-1162 de 2000 pues la CREG no invadió la órbita del legislador al expedir el acto acusado, tal y como lo advirtió el citado fallo.

En cuanto a la violación al debido proceso en que incurrió la CREG al expedir la Resolución 005 de 2003, invocado por la parte demandante al enunciar la supuesta violación de normas de la Carta Política, la Sala se atiene a los argumentos esgrimidos en la sentencia del 31 de julio de 2014, fallo en el que se desvirtuó este enjuiciamiento, al considerar lo siguiente:

“Los actores insisten en su recurso en que la CREG vulneró el debido proceso, por cuanto no citó ni comunicó a los distribuidores de GLP o a terceros interesados el procedimiento que se adelantaba, de modo que éstos no se pudieron hacer parte ni ser escuchadas para hacer valer sus derechos, pese a la grave incidencia de la decisión adoptada sobre su situación financiera.

Lo señalado en el apartado anterior respecto del objeto de la resolución atacada permite entender que tampoco este cargo puede ser estimado. Al no suponer una modificación de la fórmula tarifaria, es claro que la expedición de la Resolución No. 01 de 2005 no debe someterse al procedimiento fijado por los artículos

124<sup>8</sup>, 126<sup>9</sup> y 127<sup>10</sup> de LSPD, aplicables únicamente a las actuaciones relacionadas con la determinación, revisión y modificación de las tarifas; lo cual, se repite, no ocurre en el caso de la resolución atacada.

Esta misma situación, y el carácter general del acto administrativo impugnado, permiten excluir la aplicación de las reglas de procedimiento contenidas en los artículos 28, 34, 35, 44, 47, 48 y 50 y siguientes del CCA. Esto, toda vez que los actores edifican el cargo bajo la equivocada convicción de que la Resolución No. 01 de 2005 es un acto administrativo de carácter particular porque sus efectos se proyectan sobre un supuesto grupo determinado de personas a las que presuntamente afecta de manera negativa.

(...)

---

<sup>8</sup> **Artículo 124. Actuación administrativa.** Para determinar las fórmulas tarifarias se aplicarán las normas sobre régimen tarifario de las empresas de servicios públicos previstas en esta Ley, las normas del Código Contencioso Administrativo, y las siguientes reglas especiales:

124.1. La Coordinación ejecutiva de la comisión de regulación respectiva impulsará toda la actuación; sin embargo, cuando corresponda a la comisión como autoridad nombrar peritos, el nombramiento corresponderá a la comisión misma.

124.2. Si la actuación se inicia de oficio, la comisión debe disponer de estudios suficientes para definir la fórmula de que se trate; si se inicia por petición de una empresa de servicios públicos, el solicitante debe acompañar tales estudios. Son estudios suficientes, los que tengan la misma clase y cantidad de información que haya empleado cualquier comisión de regulación para determinar una fórmula tarifaria.

<sup>9</sup> **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.

<sup>10</sup> **Artículo 127. Inicio de la actuación administrativa para fijar nuevas tarifas.** Antes de doce meses de la fecha prevista para que termine la vigencia de las fórmulas tarifarias, la comisión deberá poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente. Después, se aplicará lo previsto en el artículo 124.

Ahora, las reglas procedimentales establecidas por las normas invocadas por los demandantes tienen por objeto definir el trámite al que deben ser sometidas las actuaciones administrativas que involucran intereses particulares específicos. Por ende resultan inaplicables al caso *sub examine*. Cuando de lo que se trata es de proferir una norma jurídica o una regulación como la contenida en la resolución acusada las disposiciones del CCA que establecen las garantías de participación del afectado no resultan vinculantes. Homologar, como pretenden los actores, el procedimiento de expedición de un acto administrativo general con el propio de la formación de un acto administrativo particular implica desconocer que el debido proceso consagrado por el artículo 29 Constitucional ni es un derecho absoluto, ni posee contenido uniforme. Es, por el contrario, **un estándar** de corrección formal que define el legislador para cada clase de actuación de las autoridades en consideración de los intereses implicados. Y ni las reglas sobre deber de comunicación y vinculación de terceros (artículos 14 y 28 CCA), ni sobre la posibilidad de aportar pruebas o refutar las obrantes en el expediente (artículo 34 CCA), presentar alegaciones (artículo 35 CCA), el deber de notificación (artículo 44 y ss.) o el derecho a interponer recursos en vía gubernativa (artículo 50 y ss.) son aplicables a supuestos de actuaciones de carácter general. Su alcance general y abstracto explica esta situación, pues de lo contrario su trámite correría el riesgo de permanecer abierto de manera indefinida, obstaculizado irrazonablemente a causa de la infinidad de posibles sujetos interesados en participar, al punto que difícilmente podría culminar y cobrar ejecutoria lo resuelto, con un alto costo para la toma de decisiones de interés general a cargo de la Administración, muchas de las cuales no dan espera. En consecuencia, la censura elevada no prospera.”

Respecto de la transgresión de las demás normas superiores invocadas como violadas por la Resolución 005 de 2003, la Sala comparte y reitera el siguiente argumento proferido por esta misma Sección, en sentencia del pasado 7 de mayo de 2015 radicado 25000232400020010053502 M.P.

Marco Antonio Velilla Moreno, fallo en el que se descartó esta causal de nulidad invocada por la parte actora, al considerar lo siguiente

“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.”

Al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, la Sala denegará las pretensiones de la demanda, por lo que así lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A :**

**DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO  
Presidenta

MARIA ELIZABETH GARCIA  
GONZALEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA  
MORENO