

COMERCIALIZACION DE GAS NATURAL A USUARIOS REGULADOS - Reglamentación por Decreto 3429 de 2003 artículo 2 / FACULTAD REGLAMENTARIA - Se desbordó al señalar que la comercialización de gas natural a usuarios no regulados será desarrollada únicamente por los distribuidores de gas natural / FACULTAD REGLAMENTARIA - Se desbordó al establecer límites al acceso de productores e importadores de gas natural a la actividad comercializadora

El artículo 65 de la Ley 812 de 2003, norma reglamentada a la que debía estricta sujeción la norma demandada, estableció una obligación a cargo de las empresas comercializadoras de gas combustible que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales, y aquellas que lo hagan en el futuro, consistente en incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3. La norma comentada señaló de modo preciso que sus destinatarios eran las empresas comercializadoras de gas combustible que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales en la fecha de su expedición y las que los atendieran en el futuro. Por usuario regulado se entienden los pequeños consumidores. La norma reglamentaria no podía excluir a ninguno de los destinatarios de la norma, es decir, a las empresas comercializadoras que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales, como en efecto lo hizo al señalar que la comercialización de gas natural a usuarios no regulados únicamente podía seguir siendo desarrollada por los distribuidores. En cuanto a su contenido, la norma reglamentada estableció una regulación básica -o materialidad legislativa como la denomina la jurisprudencia constitucional – consistente en la obligación de las empresas comercializadoras de gas de incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3, asunto que no abordó la norma reglamentaria (...). Para la Sala es claro que la norma demandada establece que la comercialización de gas natural a usuarios regulados seguirá siendo desarrollada únicamente por los distribuidores de gas natural hasta que en el país la actividad de comercialización de gas natural se considere competida, según lo determine la CREG, a partir de análisis que involucren los aspectos definidos en el artículo 3º del mismo decreto. De esta forma, el Gobierno Nacional se ocupó en la norma acusada de un tema no previsto en el artículo 65 de la Ley 812 de 2003 y por ello desbordó la facultad reglamentaria y la norma que la reglamentaba, de acuerdo con la cual, las empresas que actualmente comercializan gas natural y quienes lo hagan en el futuro incluirán en su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3. Para reglamentar tal fin, el Gobierno Nacional, fijó un plazo de seis (6) meses a partir de la vigencia de la citada ley, en aras de proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio. La norma legal reglamentada en parte alguna autorizó al Gobierno para establecer límites al acceso de productores e importadores de gas natural a la actividad comercializadora y tampoco para establecer condiciones para su desarrollo en el futuro. La norma reglamentaria desconoció uno de los objetivos plasmados en la Ley 812 de 2003 que reglamentaba y que hacía referencia a la entrada de un nuevo agente generador estatal a la comercialización del gas natural.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 370 / LEY 812 DE 2003 - ARTICULO 65

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias C-474 de 2003 de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, Sección Primera, del 13 de agosto de 2009, Radicado 2004-00165.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3429 DE 2003 (28 de noviembre) - ARTICULO 2 - GOBIERNO NACIONAL (Anulado)

COMERCIALIZACION DE GAS NATURAL A USUARIOS REGULADOS - Reglamentación por Decreto 3429 de 2003 artículo 2 / POTESTAD REGLAMENTARIA - Se omitió el cumplimiento de lo ordenado en la norma legal reglamentada / GOBIERNO NACIONAL - Omitió señalar el número mínimo de usuarios de los estratos 1, 2 y 3 que debían incorporarse a la base de datos de clientes de las empresas que prestan el servicio de distribución de gas a usuarios regulados

La norma demandada no tenía por qué ocuparse de materias completamente ajenas a la norma legal reglamentada que, se insiste, solamente establecía que las empresas que actualmente o en el futuro prestaran el servicio de gas combustible y atendieran usuarios regulados residenciales y/o no residenciales debían incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3. Este mandato fue además, desconocido por la norma reglamentaria demandada porque no estableció el número mínimo de usuarios de los señalados estratos a las empresas que en la fecha de expedición venían prestando el servicio de distribución de gas a usuarios regulados, como lo ordenaba la norma reglamentada. Para justificar esa omisión el Ministerio demandado afirmó que, tal como señala la motivación de la resolución cuestionada, “la actividad de comercialización de gas natural a usuarios regulados en el país se encuentra concentrada principalmente en la atención de usuarios residenciales de los estratos socioeconómicos 1, 2, y 3 (...), señaló que a la fecha de expedición de este Decreto se tienen 3,1 millones de usuarios residenciales que cuentan con el servicio de gas natural domiciliario, de los cuales el 13%, corresponde al estrato 1; el 37%, corresponde al estrato 2; y, el 35%, corresponde al estrato 3; y que toda vez que conforme al considerando anterior, la cobertura total a usuarios residenciales de estratos 1, 2 y 3 supera el 85%, “no es procedente establecer un número mínimo de usuarios residenciales de dichos estratos a ser incorporado a la base de clientes de los comercializadores establecidos”. Las consideraciones anteriores ponen de presente, de manera clara y explícita, el desobedecimiento de los mandatos previstos en el artículo 65 de la Ley 812 de 2003 que no estableció una facultad a favor del Gobierno Nacional para señalar, si lo estimaba procedente, un número mínimo de usuarios residenciales de estratos socioeconómicos bajos a ser incorporado a la base de clientes de los comercializadores establecidos, sino que asignó una obligación expresa a cargo del Gobierno para que fijara dicho número; obligación que no cumplió. En conclusión, la norma reglamentaria acusada omitió el cumplimiento de lo ordenado en la norma legal reglamentada y reguló una materia ajena a ésta: razón por la cual el Gobierno Nacional desbordó el ámbito propio de la potestad reglamentaria, razón suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de la doctora María Elizabeth García Conzález.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 3429 DE 2003 (28 de noviembre) - ARTICULO 2 - GOBIERNO NACIONAL (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00013-00

Actor: LUIS MATAMOROS GIL

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide en única instancia la demanda de nulidad incoada contra el artículo 2º del Decreto 3429 de 28 de noviembre de 2003, proferido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se reglamenta el artículo 65 de la Ley 812 de 2003, en relación con la comercialización de gas natural y se dictan otras disposiciones.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

a) Pretensiones.

El actor solicitó la nulidad de la norma reseñada en el epígrafe, cuyo texto es el siguiente:

Decreto 3429 de 2003

“Artículo 2o. De la comercialización de gas natural a usuarios regulados. Para efectos del artículo 65 de la Ley 812 de 2003 y, en aras de proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio público domiciliario de gas natural, la Comercialización de Gas Natural a usuarios regulados seguirá siendo desarrollada únicamente por los Distribuidores de gas natural hasta que en el país la actividad de Comercialización de Gas Natural desarrollada por los Productores y los Agentes Importadores se considere competida, conforme con lo establecido en el artículo 30 del presente Decreto.”

b) Hechos

- Mediante Ley 812 de 2003 el Congreso de la República aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, "Hacia un Estado Comunitario", cuyo artículo 65 estableció: "Las empresas comercializadoras de energía eléctrica, gas combustible y aseo que atiendan usuarios regulados residenciales y/o no residenciales, y aquellas que lo hagan en el futuro, deberán incorporar a su base de clientes un número mínimo de su usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3. El Gobierno Nacional reglamentará el cumplimiento de lo previsto en el presente artículo para que los comercializadores puedan prestar el servicio. Parágrafo. El Gobierno Nacional en un plazo de seis (6) meses a partir de vigencia de esta ley, reglamentará lo dispuesto en este artículo en aras de proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio".

- De acuerdo con los antecedentes del Plan mencionado, uno de sus objetivos es impulsar el crecimiento económico sostenible y la generación de empleo, para lo cual se necesitan "esfuerzos focalizados" que exigen una reforma regulatoria e institucional en los sectores minero y de servicios públicos para aumentar la inversión extranjera y superar rezagos en infraestructura estratégica.

La situación del sector del gas es preocupante en virtud de que las reservas probadas permitirán abastecer la demanda actual por 22 años" lo cual ha desincentivado la exploración, y "la comercialización está limitada por la falta de incentivos de precios derivados de la regulación actual, la concentración de la producción y los altos costos del transporte al interior del país", lo cual limita las posibilidades de masificar el gas como fuente de energía.

Para estimular la exploración de gas el Gobierno adoptará lineamientos de política enfocados a: "a) desarrollar proyectos de interconexión regional; b) garantizar estabilidad para la suscripción de contratos de exportaciones de gas natural largo plazo; c) prohibir las exportaciones de volúmenes adicionales relacionados con nuevos contratos o cualquier incremento en el volumen de los contratos existentes ante la disminución de las reservas; y d) permitir la entrada de nuevos agentes a la comercialización de gas natural, para lo cual el Gobierno podrá incorporar nuevas formas de comercialización de sus reservas".

- El 28 de noviembre de 2003 el Gobierno Nacional reglamentó el artículo 65 de la Ley 812/03, mediante el Decreto 3429/03 cuestionado.

c) Normas violadas y concepto de la violación

El actor formuló los siguientes cargos:

- El acto acusado está falsamente motivado porque dispuso que ninguna empresa distinta de los distribuidores de gas natural que actualmente lo comercializan, podría prestar ese servicio, desbordando el artículo 65 de la Ley 812/03 que se limitó a facultar al Gobierno Nacional para reglamentar la forma en que los comercializadores de energía eléctrica, gas combustible y aseo deben incorporar en sus bases de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3.

Mientras la norma reglamentada persigue la entrada de nuevos agentes para masificar la comercialización de gas natural, asegurar la prestación del servicio y proteger el mercado, la norma reglamentaria demandada impide que puedan participar en éste los comercializadores que actualmente no prestan el servicio.

Los comercializadores buscan atender usuarios a menores costos para maximizar sus ganancias, por lo cual prefieren usuarios urbanos a rurales, puesto que por la mayor densidad se ahorran desplazamientos para la medición, facturación, cobro y atención de reclamos, fenómeno conocido como "descreme del mercado".

Si a los comercializadores se les quitan usuarios cuya atención es menos costosa, les resulta menos rentable atender a los usuarios rurales y de estratos bajos, cuyos costos de atención son mayores dada su ubicación geográfica, la difícil recuperación de cartera morosa, etc.

El acto demandado se profirió para asegurar que todos los estratos de la población pudieran recibir el servicio de gas.

- El actor formuló un segundo cargo según el cual el acto demandado violó las normas constitucionales que establecen la libre competencia económica y la reserva de ley en materia de intervención económica y limitación de la libre empresa (artículo 150-21 superior), al disponer que la comercialización de gas natural solo puede ser desarrollada por empresas distintas de las distribuidoras

cuando la Comisión de Regulación de Energía y Gas considere que dicha comercialización es competitiva, de acuerdo con índices de competencia, madurez del mercado secundario, existencia de información de usuarios, disponibilidad de infraestructura de transporte de gas natural y demás factores que estime pertinentes.

Aseguró que la ley sólo puede limitar la libre empresa atendiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad y que el artículo 65 de la Ley 812 de 2003 no autorizó al Presidente de la República para establecer esa limitación por vía reglamentaria.

La Corte Constitucional ha establecido que la libertad de empresa se vería atacada "si a su titular se le privase injustificada e irrazonablemente de adoptar las decisiones básicas que contribuyen a formar una determinada unidad económica independiente, y que resultan determinantes para fijar el riesgo, la responsabilidad y el beneficio individuales, todo lo cual se traduce en un plano global en la existencia de una economía por lo menos parcialmente descentralizada y autónoma".

Agregó que los artículos 365 a 370 superiores que pusieron fin a los monopolios en la prestación de los servicios públicos fueron violados por la norma demandada, y que en desarrollo de estos postulados las Leyes 142 y 143 de 1994 adoptaron el esquema de mercado con "libertad de entrada" como regla general, con libre acceso a toda clase de redes y la inexistencia de "jurisdicciones" o mercados cautivos para cualquier empresas, todo con el propósito de que los usuarios pudieran escoger libremente su proveedor.

De conformidad con los artículos 14, 15 y 28 de la Ley 142 de 1994 cualquier prestador de servicios públicos domiciliarios puede comercializar gas natural, como lo entendió la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en concepto que transcribió.

Agregó que el artículo 74.1 de la Ley 142/94 autoriza a la CREG para adoptar reglas de comportamiento diferencial para evitar la posición dominante del mercado, como la propiciada por la norma acusada.

Se apoyó finalmente en criterios sobre la libre competencia y sus límites, expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-535/97, C-176/96 y C-478/92.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Minas y Energía contestó oportunamente la demanda y se opuso a las pretensiones con los siguientes argumentos.

Explicó que en la demanda se citaron apartes de las "Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, hacia un Estado comunitario", relacionados con el servicio de gas. Este es un documento preliminar elaborado por la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación que se incorpora a la parte general del Plan aprobado por Ley 812 de 2003 con las modificaciones aprobadas por ella, tal como lo señala el artículo 4 ibídem, que también indica que ante cualquier diferencia entre el articulado de la ley y el documento preliminar, prima el articulado.

- Manifestó que la acusación de falsa motivación del decreto demandado no debe prosperar porque éste se limitó a consignar como fundamento el artículo 65 de la Ley 812 de 2003 que facultó al Gobierno para proferirlo y a describir realidades, como que en Colombia, por disposición del artículo 1º de la Resolución CREG 057 de 1996 existen dos clases de comercializadores, los de oferta, que son las empresas productoras que comercializan gas en el mercado mayorista; y los de demanda que son las empresas distribuidoras, únicas habilitadas para comercializar gas a pequeños consumidores, denominados también usuarios regulados.

Por lo anterior, la norma demandada dispuso que quienes actualmente comercializan gas a usuarios regulados, que son los distribuidores, seguirán haciéndolo hasta cuando la CREG - en ejercicio de su función de regular los monopolios en los servicios públicos cuando la competencia no sea de hecho posible y promover la competencia en su prestación -, considere competida la comercialización de gas natural efectuada por productores y agentes importadores.

El Decreto acusado permite que pueden entrar nuevos distribuidores a la actividad comercializadora de gas a pequeños consumidores, conforme al marco regulatorio vigente.

Lo que el Plan Nacional de Desarrollo y su Documento Base propusieron fue estimular la competencia, para que otros productores distintos de ECOPETROL, TEXAS y MERCANTILE participaran en el mercado de la comercialización, número reducido de productores – comercializadores, si se tiene en cuenta que hay 12 productores de gas en el país y ECOPETROL concentra el mercado.

La norma acusada señala cuándo un agente comercializador distinto de los distribuidores puede entrar a comercializar gas y el artículo 4° prevé la obligación impuesta por la Ley del Plan de incorporar anualmente usuarios de estratos 1, 2 y 3 señalando que se debe equilibrar en un 90% las contribuciones que recaude de los usuarios subsidiados.

El Decreto demandado protege el mercado, asegura la prestación del servicio a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, tratando de evitar el "descreme del mercado", esto es, que los comercializadores escojan tipos de usuarios para llevarles el servicio.

El tercer considerando del acto acusado señala que la comercialización de gas natural a usuarios regulados está concentrada en la atención de usuarios residenciales de estratos 1, 2 y 3, lo cual es demostrable con cifras oficiales. Y el último considerado señala que como la cobertura total a usuarios residenciales de los estratos 1, 2 y 3 supera el 85 %, no procede establecer un mínimo de usuarios que deban ser atendidos por los distribuidores/comercializadores.

- Frente al cargo de violación del principio de libre competencia económica manifestó que éste no tiene carácter absoluto pues está subordinado al interés público en la continuidad en la prestación de los servicios públicos, para lo cual deben intervenir las autoridades de acuerdo con la Constitución Política, la Ley 142/94 y normas que las desarrollan.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- La parte demandante no presentó alegatos.

- El Ministerio de Minas y Energía presentó alegatos en los cuales reiteró los hechos y razones expuestos en la contestación de la demanda y manifestó que la situación de hecho que sirvió de fundamento al acto acusado no ha cambiado sustancialmente.

Concluyó que el demandante interpreta equivocadamente la norma demandada al considerar que le impide comercializar gas natural a pequeños usuarios (regulados) a empresas que sean distribuidoras, interpretación que resulta desvirtuada por la existencia de al menos tres comercializadores puros operando en el mercado nacional.

Cosa distinta es que, conforme a la regulación vigente de la CREG, los pequeños usuarios (regulados), entre ellos los de estratos 1, 2 y 3, son atendidos por quienes desarrollan la actividad de distribución que, a su vez, desarrollaron también durante mucho tiempo y en forma exclusiva la actividad de comercialización porque nadie había tomado la decisión de dedicarse exclusivamente a la comercialización de gas en la demanda.

Precisó que la norma acusada protege la prestación del servicio a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 al determinar que la comercialización a dichos usuarios seguirá siendo desarrollada por los distribuidores, conforme lo prevé la Resolución CREG 057 de 1996, quienes no pueden escoger a cuáles de estos usuarios le prestan o no el servicio.

Sólo cuando la CREG determine en ejercicio de sus competencias que la comercialización en la oferta es competida, los comercializadores entrantes a los mercados deberán incorporar a su base de clientes usuarios en los términos previstos en el artículo 4° del decreto 3429 de 2003 cuestionado.

IV. INTERVENCIÓN DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se declare la nulidad de la norma demandada porque fue dictada en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189-11 constitucional, y como su objeto fue reglamentar el artículo 65 de la Ley 812 de 2003, no podía tener un alcance superior al mismo.

Anotó que el artículo 333 superior establece que la actividad económica y la

iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, que nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley, y que el Estado debe impedir que se limite esta libertad y se evite cualquier abuso de la posición dominante en el mercado nacional. Únicamente el legislador puede limitar la libertad económica cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

El artículo 334 ibídem dispone que la intervención del Estado en la economía se hará "por mandato de la ley", en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios públicos y privados; y el artículo 150-21 ibídem faculta al legislador para expedir las leyes de intervención económica.

A su vez, el artículo 365 ibídem dispuso que "los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley" y el artículo 367 ibídem señala que "la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifado que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución", y el artículo 370 ibídem faculta al Presidente de la República para determinar las políticas generales sobre servicios públicos domiciliarios y para ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten, "con sujeción a la ley".

Dados los estrictos requisitos constitucionales para limitar la libertad económica, el Gobierno Nacional no puede establecer a su criterio restricciones a la prestación de un servicio público, máxime cuando la Ley 142 de 1994 indica que es función exclusiva del legislador determinar la libertad de competencia en la prestación de servicios públicos (artículo 2-6) y garantizar la libertad de empresa con las solas limitaciones que imponga la Constitución y la ley (artículo 10).

El Gobierno Nacional excedió las facultades otorgadas por el artículo 65 de la Ley 812 de 2003 al restringir la comercialización de gas natural, determinando que ésta podrá ser desarrollada únicamente por los distribuidores, excluyendo explícitamente de la comercialización a quienes tengan la condición de "productores" y de "agentes exportadores".

El argumento de la demandada, según el cual el acto acusado no restringe el mercado favoreciendo a los distribuidores porque el servicio de comercialización

actualmente es prestado fundamentalmente por éstos, desconoce que la competencia jurídica sólo puede ser otorgada por la Constitución y la ley. Si la norma legal reglamentada se refiere en términos generales a "las empresas comercializadoras", sin hacer ninguna distinción ni consagrar ninguna limitación, la norma reglamentaria no podía establecerla.

El Ministerio demandado aduce que la disposición acusada "se limita a reiterar lo previsto en la regulación vigente para la prestación del servicio de gas combustible...", pero no cita en su apoyo norma alguna.

Adicionalmente, el Decreto establece una condición para que en el futuro se permita la entrada de nuevos comercializadores, sin que existan criterios legales que la justifiquen; pretende sustituir los criterios del legislador con eventuales regulaciones futuras de la CREG y con referencias a definiciones y disposiciones del mismo Decreto, en particular al artículo 3º.

La falsa motivación del acto acusado se configura porque debiendo orientar su contenido a garantizar el servicio de gas a los estratos 1, 2 y 3 por parte de los comercializadores, evitando el mercadeo selectivo a los sectores más rentables, lo que hizo fue restringir la participaciones de agentes diferentes a los distribuidores, en la comercialización del servicio de gas y establecer condiciones para que en el futuro se permita la libre competencia en ese mercado, materia que no guarda relación directa con la norma que debía reglamentar.

Aunque el Ministerio alega que la norma acusada pretender proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio a los estratos 1, 2 y 3, no explica por qué las medidas que adopta son necesarias, proporcionales y adecuadas a los fines que se persiguen. Por ello, el acto demandado está viciado por lo que la doctrina ha llamado motivos incoordinados.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. El acto acusado.

El actor pretende se declare la nulidad del aparte del artículo 2º del Decreto 3429 de 28 de noviembre de 2003, proferido por el Gobierno Nacional, cuyo texto se transcribe enseguida:

"MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Por medio del cual se reglamenta el artículo 65 de la Ley 812 de 2003 en relación con la comercialización de gas natural y se dictan otras disposiciones.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por los artículos 189 numeral 11 y 370 de la Constitución Política y 65 de la Ley 812 de 2003, y

CONSIDERANDO

Que el artículo 65 de la Ley 812 de 2003 estableció que en aras de proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio, las empresas comercializadoras de gas natural que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales, y aquellas que lo hagan en el futuro, deberán incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3;

Que actualmente en el país, la comercialización de gas natural a usuarios regulados está siendo desarrollada exclusivamente por los Distribuidores de Gas Natural;

Que la actividad de comercialización de gas natural a usuarios regulados en el país se encuentra concentrada principalmente en la atención de usuarios residenciales de los estratos socioeconómicos 1, 2, y 3;

Que a la fecha de expedición de este Decreto se tienen 3,1 millones de usuarios residenciales que cuentan con el servicio de gas natural domiciliario, de los cuales el 13%, corresponde al estrato 1; el 37%, corresponde al estrato 2; y, el 35%, corresponde al estrato 3;

Que toda vez que conforme al considerando anterior, la cobertura total a usuarios residenciales de estratos 1, 2 y 3 supera el 85%, no es procedente establecer un número mínimo de usuarios residenciales de dichos estratos a ser incorporado a la base de clientes de los comercializadores establecidos.

DECRETA

ARTÍCULO 1º. DEFINICIONES. Para efectos de la interpretación y aplicación del presente Decreto, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Comercialización de Gas Natural: Es la actividad complementaria al servicio público domiciliario de gas natural, que consiste en la compraventa o suministro de gas natural a título oneroso.

Comercializador de Gas Natural: Persona Jurídica cuya actividad es la comercialización de gas natural

Comercializador Entrante: Es el Comercializador de Gas Natural diferente del Comercializador Establecido que atenderá usuarios regulados en el mismo mercado de comercialización.

Comercializador Establecido: Es el Distribuidor de Gas Natural que desarrolla simultáneamente la actividad de Comercialización de Gas Natural a usuarios regulados en un mismo mercado de comercialización.

Distribuidor de Gas Natural: Es la empresa de servicios públicos que desarrolla la actividad de distribución de gas natural

Productor de Gas Natural: Es quien extrae o produce gas natural conforme con la legislación vigente. Cuando el Productor vende gas a un agente diferente del asociado es un Comercializador.

Usuario Regulado de Gas Natural: Es un consumidor de hasta 300.000 pies cúbicos día de gas natural o su equivalente en metros cúbicos hasta el 31 de diciembre del año 2004; y, de hasta 100.000 pies cúbicos día de gas natural o su equivalente en metros cúbicos a partir del 1 de enero del año 2005. Para todos los efectos, un usuario regulado es un pequeño consumidor y está sujeto a las tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

ARTÍCULO 2º. DE LA COMERCIALIZACIÓN DE GAS NATURAL A USUARIOS REGULADOS. Para efectos del artículo 65 de la Ley 812 de 2003 y, en aras de proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio público domiciliario de gas natural, la Comercialización de Gas Natural a usuarios regulados seguirá siendo desarrollada únicamente por los Distribuidores de gas natural hasta que en el país la actividad de Comercialización de Gas Natural desarrollada por los Productores y los Agentes Importadores se considere competida, conforme con lo establecido en el artículo 3º del presente Decreto.

ARTÍCULO 3o. COMERCIALIZACIÓN DE GAS NATURAL COMPETIDA. Para efectos del presente Decreto, se considera que la actividad de Comercialización de gas natural desarrollada por los Productores y los Agentes Importadores es competida, cuando la Comisión de Regulación de Energía y Gas lo determine a partir de análisis que consideren índices reconocidos de competencia que involucren el número de Productores- Comercializadores y Agentes Importadores, la posición de dichos agentes en el mercado, su nivel de competencia; así como la madurez del mercado secundario de gas natural, la existencia de sistemas de información a los usuarios, la disponibilidad de infraestructura de transporte de gas natural y demás factores que encuentre pertinentes.

ARTÍCULO 4o. INCORPORACIÓN DE USUARIOS. Una vez se determine que la actividad de Comercialización de Gas Natural desarrollada por los Productores y los Agentes Importadores es competida, los Comercializadores Entrantes a los mercados de comercialización deberán incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios residenciales de forma tal que, anualmente, se equilibren en un 90%, los subsidios a los usuarios de los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3 con las contribuciones de los Usuarios Regulados que serán atendidos por éstos. Lo anterior, sin perjuicio de

lo establecido en el Decreto 847 de 2001 del Ministerio de Minas y Energía o las normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan." (Se subraya el aparte demandado)

5.2. Estudio de fondo de los cargos

El Decreto demandado reglamentó el artículo 65 de la Ley 812 de 2003.

El actor afirmó que la norma demandada está falsamente motivada y se profirió con extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria, puesto que desborda el contenido de la norma que pretende reglamentar, esto es, el artículo 65 de la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario",¹ cuyo texto es el siguiente:

"ARTÍCULO 65. COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, GAS NATURAL Y ASEO. *Las empresas comercializadoras de energía eléctrica, gas combustible y aseo que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales, y aquellas que lo hagan en el futuro, deberán incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3. El Gobierno Nacional reglamentará el cumplimiento de lo previsto en el presente artículo para que los comercializadores puedan prestar el servicio.*

PARÁGRAFO. *El Gobierno Nacional en un plazo de seis (6) meses a partir de la vigencia de esta ley, reglamentará lo dispuesto en este artículo en aras de proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio." (Se subraya)*

- Se afirma que el acto acusado está falsamente motivado porque dispuso que ningún comercializador diferente a los distribuidores de gas natural que actualmente lo comercializan podrían prestar ese servicio, desbordando el artículo 65 de la Ley 812/03 que se limitó a facultar al Gobierno Nacional para reglamentar la forma en que los comercializadores de energía eléctrica, gas combustible y aseo debían incorporar en sus bases de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3.

La norma legal reglamentada persigue la entrada de nuevos agentes para masificar la comercialización de gas natural, proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio, evitando que, para maximizar sus ganancias los

¹ Publicado en el Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003.

comercializadores escojan usuarios atendibles a menores costos, como los urbanos y de estratos socio económico altos, y dejen de atender a usuarios, como los rurales y de estratos 1, 2 y 3, cuya atención es más costosa.

La norma reglamentaria contraría ese propósito porque impide que comercializadores de gas natural que actualmente no prestan el servicio puedan participar en el mercado.

- Antes de avocar de fondo el estudio de la acusación referida, conviene precisar la naturaleza de la potestad ejercida por el Gobierno para proferir la norma demandada.

5.2.1. La norma demandada fue proferida en ejercicio de la potestad reglamentaria.

Para proferir el decreto demandado el Gobierno Nacional invocó la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189-11 superior, de acuerdo con el cual *“corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa (...) ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos”*.

Pero también invocó como fundamento el artículo 370 íbidem, de acuerdo con el cual *“corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”*.

Aunque las dos facultades mencionadas deben ejercerse con sujeción a la ley, es claro que tienen alcance y contenido distinto, para lo cual basta señalar que la potestad reglamentaria sirve a los fines de proferir decisiones que permitan concretar, ejecutar, los postulados generales y abstractos de la ley, ateniéndose estrictamente a su contenido, mientras que la facultad conferida por el artículo 370 constitucional permite trazar políticas, cuya generalidad y necesidad de concreción ulterior son incompatibles con el carácter de la decisión reglamentaria.

En el presente caso la norma demandada no fue expedida por la Superintendencia mencionada sino por el Gobierno Nacional, conformado, para el caso concreto por

el Presidente de la República y el Ministro de Minas y Energía.

El artículo 2º del Decreto 3429 de 2003 demandado es reglamentario del artículo 65 de la Ley 812 de 2003, no sólo porque el decreto de que hace parte la norma demandada referido invocó como su fundamento la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189-11 constitucional, sino además porque la norma demandada señala de modo expreso que se profiere para los efectos de reglamentar el artículo 65 de la Ley 812 de 2003, de acuerdo con el cual, el Gobierno Nacional debía reglamentar la obligación allí prevista, a cargo de las empresas comercializadoras de gas combustible que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales, quienes deberían incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3.

Aunque el párrafo del artículo 65 de la Ley 812 de 2003 estableció que el Gobierno Nacional reglamentaría el cumplimiento de lo previsto en el presente artículo en un plazo de seis (6) meses a partir de la vigencia de esta ley, dicha limitación temporal carece de toda eficacia jurídica dado que, como lo ha señalado tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, el Legislador no puede establecer un límite temporal al ejercicio de la potestad reglamentaria que no previó el Constituyente.

Establecido el carácter reglamentario del acto acusado conviene anotar que los actos de esta naturaleza deben sujetarse estrictamente al contenido de la norma superior objeto de desarrollo, sin que puedan desbordarlo, y deben atenerse a los siguientes criterios expuestos en la jurisprudencia constitucional:

"...la extensión del campo para ejercer la potestad reglamentaria no la traza de manera subjetiva y caprichosa el Presidente de la República, sino que la determina el Congreso de la República al dictar la ley, pues a mayor precisión y detalle se restringirá el ámbito propio del reglamento y, a mayor generalidad y falta de éstos, aumentará la potestad reglamentaria" 1. Sin embargo, lo que no puede el Legislador es atribuir integralmente la reglamentación de la materia al Gobierno, pues el Congreso se estaría desprendiendo de una competencia que la Carta le ha atribuido. Por ello esta Corte ha señalado que el desarrollo de la potestad reglamentaria por el Gobierno exige que la ley haya previamente configurado una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno puede ejercer la función de reglamentar la ley con miras a su debida aplicación, que es de naturaleza administrativa, y está entonces sujeta a la ley. Y es que si el Legislador no define esa materialidad legislativa, estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no

sea materia de reglamento sino de ley. El "requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria", ha dicho esta Corte, es "la existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar".

"Es posible que la rama legislativa con la utilización de un lenguaje amplio reconozca a la autoridad administrativa competente un margen suficiente para el desarrollo específico de algunos de los supuestos definidos en la ley con el propósito de concretar la aplicación de ciertos preceptos legales a circunstancias diversas y cambiantes. Eso es propio de un Estado regulador. Sin embargo, en esos eventos la acción de la administración y el cumplimiento de las políticas públicas que animan la ley y las regulaciones administrativas que las materializan dependen de que las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho." ²

Sobre la extralimitación de la potestad reglamentaria ha dicho esta Corporación:³

"...Cuando el Presidente actúa como máxima autoridad administrativa y expide actos reglamentarios de las Leyes de la República, debe atender los límites fijados en la ley misma así como los parámetros derivados del propio texto constitucional, es decir debe cuidar que la reglamentación encaje perfectamente en la ley reglamentada y efectivamente sirva para su ejecución, y de que no termine ocupándose de materias que el constituyente haya reservado exclusivamente al legislador. En cuanto a lo primero, a los límites derivados de la propia ley, se ha establecido que el ámbito de actuación del Presidente de la República por medio de la potestad reglamentaria es inversamente proporcional al grado de desarrollo que el legislador haya consagrado en la ley reglamentada; es decir, del grado de detalle con que el legislador haya expedido la ley dependerá el ámbito de actuación del Gobierno Nacional, de modo que si la regulación legal es de gran extensión la potestad reglamentaria sólo comprenderá aquellos espacios no regulados, sin que sea procedente ocuparse de asuntos ya tratados puesto que muy seguramente podría configurarse una ilegalidad por exceso en el ejercicio de esa atribución; y, a contrario sensu, si la ley apenas sí tiene un grado leve de reglamentación, la máxima autoridad administrativa está habilitada para ejercer dicha competencia con mayor amplitud. Con todo, la tesis expuesta por la Sala en el párrafo anterior no rige con carácter absoluto, puesto que han de considerarse los límites constitucionales al ejercicio de esa atribución. Este, que es el segundo de los límites anunciados, se materializa en el tema de la Reserva Legal, por virtud del cual el constituyente ha dispuesto que determinadas materias sean directamente desarrolladas a través de la función legislativa, garantía que impide que sea por

² Sentencia C-474 de 2003 de la Corte Constitucional, citada en su concepto por el Agente del Ministerio Público.

³ Citado en sentencia de esta Sección de 13 de agosto de 2009; expediente 2004-00165-01.

medio de la potestad reglamentaria que se produzca su regulación.”

5.2.2. La norma legal reglamentada.

La Ley 812 de 26 de junio de 2003, “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”,⁴ aludió en diversos apartes a los objetivos y políticas en materia de hidrocarburos, por una parte, y por otra, a los servicios públicos domiciliarios, Al referirse a una y otra materia hizo alusión a la utilización del gas combustible.

Así, en la Gaceta del Congreso No. 54 de 10 de febrero de 2003, donde se publicó el proyecto de Ley 169 de 2003 Cámara, por el cual se adopta el plan de desarrollo 2002- 2006, radicado por el Ministro de Hacienda, se exponía lo siguiente acerca de los temas mencionados:

“Exploración de crudo.

La posibilidad de perder la condición de país exportador de petróleo es paradójica teniendo en cuenta que el potencial estimado de reservas de hidrocarburos es de 47.000 millones de barriles. Para continuar como exportador, el país tendrá que encontrar nuevas reservas antes de mediados del año 2004, puesto que el proceso para su desarrollo y comercialización puede tomar entre cuatro y seis años.

La situación opuesta ocurre en relación con la oferta de gas natural, donde las reservas permitirían abastecer la demanda actual por 22³⁹ años, lo cual desincentiva la exploración y el aumento de la producción. Así mismo, la comercialización está limitada por la falta de incentivos de precio derivados de la regulación actual, la concentración de la producción y los altos costos de transporte en el interior del país, entre otros. Este problema limita las posibilidades de masificación del gas como solución económica a fuentes de energía.

(...) a. Mejoramiento de las condiciones de la actividad petrolera

(...) Los recursos de inversión de Ecopetrol se enfocarán prioritariamente hacia las actividades de exploración y producción de petróleo y gas natural. Igualmente, se ejecutarán las inversiones requeridas para garantizar el libre acceso a las redes de transporte, almacenamiento e importación de los derivados del petróleo. Se avanzará en la implementación del Plan maestro de

⁴ Diario Oficial No. 45.231, de 27 de junio de 2003

Cartagena con la mayor participación privada posible y con financiación parcial proveniente de la enajenación de inversiones no estratégicas de Ecopetrol. (...)

4. Servicios públicos domiciliarios

El modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios adoptado durante la década de los noventa ha permitido el logro de mayores coberturas, mejor calidad y mayor confiabilidad en el servicio. Durante el periodo 1995-2001, la cobertura en energía eléctrica pasó de 76% a 89% para las zonas interconectadas. En el mismo lapso, la cobertura del servicio de gas combustible pasó de 10,5 millones a 23,3 millones de habitantes. La densidad telefónica aumentó de 10,30 a 17,11 líneas por cada cien habitantes. En el año 2001, la cobertura de acueducto era de 96% en las ciudades grandes, de 87% en las medianas y de 82% en los municipios pequeños. En alcantarillado, la cobertura urbana era de 88% en las grandes ciudades, 87% en las medianas y de 60% en las pequeñas.

Adicionalmente, se ha producido un aumento en la calidad de la prestación de los servicios públicos domiciliarios. (..)

El Gobierno continuará con la promoción de la participación del sector privado, de los trabajadores y del sector solidario en los servicios públicos domiciliarios, y se desarrollarán programas para fomentar la participación de los usuarios en el capital de las empresas a través de fondos de capitalización social. Para ello impulsará la consolidación de los marcos regulatorios y el desarrollo de procesos de privatizaciones y concesiones en la construcción, operación y mantenimiento de infraestructura de servicios públicos domiciliarios. Así mismo, impulsará cambios regulatorios e institucionales para devolver la viabilidad a muchas empresas prestadoras de servicios. Las empresas estatales deberán preservar su viabilidad económica a fin de mantener su estabilidad.

b. Consolidación de la industria de hidrocarburos

Con el objetivo de consolidar la industria de hidrocarburos se promoverán las exportaciones de gas natural a la región Caribe. Adicionalmente, se aprovechará la ventaja geográfica del país, la disponibilidad de reservas de gas natural en La Guajira y el potencial en las áreas costa fuera del Atlántico, mediante la adopción de una política nacional de exportaciones (que no discrimine la demanda nacional de la internacional) y de integración regional que propicie el desarrollo de un mercado doméstico y secundario de gas. Así mismo, se promoverá la integración de redes de transporte de gas natural con Venezuela y Panamá.

Para incentivar la exploración de gas se adoptarán lineamientos de política enfocados a: a) desarrollar proyectos de interconexión regional; b) garantizar estabilidad para la suscripción de contratos

de exportaciones de gas natural a largo plazo, c) prohibir las exportaciones de volúmenes adicionales relacionados con nuevos contratos o cualquier incremento en el volumen de los contratos existentes ante la disminución de las reservas; y d) permitir la entrada de nuevos agentes a la comercialización de gas natural, para lo cual el Gobierno podrá incorporar nuevas formas de comercialización de sus reservas.

Adicionalmente se buscará: a) que haya competencia entre los diferentes sustitutos energéticos, de manera que se permita la masificación del gas natural en todos los sectores; y b) viabilizar el negocio de transporte de gas en el interior del país. Para el cumplimiento de estos objetivos, el Gobierno podrá absorber parte del costo de la infraestructura de transporte.

c. Subsidios a combustibles

Desde finales de 1999, Ecopetrol se ha consolidado como monopolio en el abastecimiento de combustibles líquidos y ha otorgado subsidios por \$2,19 billones para gasolina corriente y \$2,23 billones para diesel. El esquema actual de subsidios no es eficiente y limita el desarrollo de un mercado competitivo y transparente en el sector. Al respecto, el Gobierno adoptará un sistema general de precios que reconozca la realidad de los mercados internacionales, brinde una señal de estabilidad a los inversionistas e incentive la atención de la demanda interna con energéticos locales o importados. En compensación al desmote de los subsidios a la gasolina y al diesel, se dará un impulso a los sistemas de transporte masivo en las principales ciudades del país y a la masificación del gas natural vehicular.

También consta en dicha Gaceta que en la Sección 5 del proyecto mencionado figura un artículo cuyo texto era el siguiente:

“Artículo 60. Comercialización de energía eléctrica y gas combustible. Las empresas comercializadoras de energía eléctrica y gas combustible que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales, y aquellas que lo hagan en el futuro, deberán incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1 y 2 que será establecido por el Gobierno Nacional.”

Aunque en el plan señalado y en los debates en torno a su aprobación no se justificó de manera puntual esta medida, no hay duda de que ella tiende indirectamente a estimular la producción, comercialización, transporte y distribución del gas combustible; y de manera directa a estimular la masificación en el consumo que, como es de conocimiento público, está parcialmente subsidiada para los estratos socioeconómicos más bajos.

En las Gacetas del Congreso Nos. 54, 126, 171, 172, 165, 210, 199, 269, 265 y 246, todas de 1993, consta el trámite legislativo de la Ley comentada. En ellas se observa la continuidad de los objetivos propuestos y del texto del artículo aprobado finalmente como artículo 65 de la Ley 812 de 2003, reglamentado por el decreto cuestionado.

5.2.3. El caso concreto

El artículo 65 de la Ley 812 de 2003, norma reglamentada a la que debía estricta sujeción la norma demandada, estableció una obligación a cargo de las empresas comercializadoras de gas combustible que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales, y aquellas que lo hagan en el futuro, consistente en incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3.

La norma comentada señaló de modo preciso que sus destinatarios eran las empresas comercializadoras de gas combustible que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales en la fecha de su expedición y las que los atendieran en el futuro.

Por usuario regulado se entienden los pequeños consumidores. La norma reglamentaria no podía excluir a ninguno de los destinatarios de la norma, es decir, a las empresas comercializadoras que atienden usuarios regulados residenciales y/o no residenciales, como en efecto lo hizo al señalar que la comercialización de gas natural a usuarios no regulados únicamente podía seguir siendo desarrollada por los distribuidores.

En cuanto a su contenido, la norma reglamentada estableció una regulación básica -o materialidad legislativa como la denomina la jurisprudencia constitucional – consistente en la obligación de las empresas comercializadoras de gas de incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3, asunto que no abordó la norma reglamentaria.

No obstante, la norma reglamentaria demandada señaló que *“para efectos del artículo 65 de la Ley 812 de 2003 y, en aras de proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio público domiciliario de gas natural, la Comercialización de Gas Natural a usuarios regulados seguirá siendo desarrollada únicamente por los Distribuidores de gas natural hasta que en el país la actividad de Comercialización*

de Gas Natural desarrollada por los Productores y los Agentes Importadores se considere competida, conforme con lo establecido en el artículo 3º del presente Decreto”.

El artículo 3º ibídem estableció que, “para efectos del presente Decreto, se considera que la actividad de Comercialización de gas natural desarrollada por los Productores y los Agentes Importadores es competida, cuando la Comisión de Regulación de Energía y Gas lo determine a partir de análisis que consideren índices reconocidos de competencia que involucren el número de Productores-Comercializadores y Agentes Importadores, la posición de dichos agentes en el mercado, su nivel de competencia; así como la madurez del mercado secundario de gas natural, la existencia de sistemas de información a los usuarios, la disponibilidad de infraestructura de transporte de gas natural y demás factores que encuentre pertinentes”.

Para la Sala es claro que la norma demandada establece que la comercialización de gas natural a usuarios regulados seguirá siendo desarrollada únicamente por los distribuidores de gas natural hasta que en el país la actividad de comercialización de gas natural se considere competida, según lo determine la CREG, a partir de análisis que involucren los aspectos definidos en el artículo 3º del mismo decreto.

De esta forma, el Gobierno Nacional se ocupó en la norma acusada de un tema no previsto en el artículo 65 de la Ley 812 de 2003 y por ello desbordó la facultad reglamentaria y la norma que la reglamentaba, de acuerdo con la cual, las empresas que actualmente comercializan gas natural y quienes lo hagan en el futuro incluirán en su base de clientes un número mínimo de usuarios de estratos socioeconómicos 1, 2 y 3. Para reglamentar tal fin, el Gobierno Nacional, fijó un plazo de seis (6) meses a partir de la vigencia de la citada ley, en aras de proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio.

La norma legal reglamentada en parte alguna autorizó al Gobierno para establecer límites al acceso de productores e importadores de gas natural a la actividad comercializadora y tampoco para establecer condiciones para su desarrollo en el futuro.

La norma reglamentaria desconoció uno de los objetivos plasmados en la Ley 812 de 2003 que reglamentaba y que hacía referencia a la entrada de un nuevo agente generador estatal a la comercialización del gas natural.

- El Ministerio de Minas adujo que al proferir la norma demandada, el Gobierno Nacional se limitó a reproducir disposiciones vigentes como el artículo 1º de la Resolución 057/96, proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, en ejercicio de las atribuciones que le confirió la [Ley 142 de 1994](#), y en desarrollo de los Decretos [1524](#) y [2253 de 1994](#).

La Resolución 057 de 1996 señaló en el artículo 1º que para efectos de interpretar las disposiciones sobre el servicio público de gas combustible por redes de tubería y sus actividades complementarias, incluyendo producción, transporte, comercialización y distribución, se deben tener en cuenta las siguientes definiciones, además de la contenidas en la [ley 142 de 1994](#):

RESOLUCIÓN 057 DE 1996

“ (...)

COMERCIALIZACIÓN DE GAS COMBUSTIBLE: Actividad de compra y venta de gas combustible a título oneroso en el mercado mayorista y su venta con destino a otras operaciones en dicho mercado o a los usuarios finales.

COMERCIALIZADOR: Persona natural o jurídica cuya actividad es la comercialización de gas combustible. Puede o no, ser un productor.

COMERCIALIZADOR DE GAS COMBUSTIBLE A PEQUEÑOS CONSUMIDORES: Es un distribuidor de acuerdo con la definición de distribuidor de gas combustible por redes de tubería contenida en la presente resolución. Esta definición también aplica a la distribución de gas licuado de petróleo por red de tuberías.

DISTRIBUCIÓN: Es la prestación del servicio público domiciliario de gas combustible a través de redes de tubería, de conformidad con la definición del numeral 14.28 de la [Ley 142 de 1994](#).

DISTRIBUIDOR DE GAS COMBUSTIBLE POR REDES DE TUBERÍA: Quien presta el servicio público domiciliario de distribución de gas combustible por redes de tubería.

PRODUCTOR DE GAS COMBUSTIBLE: Es quien extrae o produce gas combustible conforme a la legislación vigente. Para efectos de la regulación en materia de servicios públicos, es un comercializador.”

A juicio de la entidad demandada, la Resolución CREG comentada separa las actividades de producción, transporte y distribución de gas natural y autoriza a determinado tipo de empresas a ocuparse de cada una de ellas.

Independiente de la veracidad de este argumento, lo cierto es que la norma que se estaba reglamentando no trata sobre las condiciones que en el presente o en el futuro deban reunir las empresas que pretendan comercializar gas natural a usuarios regulados para poder operar en el mercado, y por eso la norma reglamentaria no podía ocuparse de ese tema.

Adicionalmente, y aún sobre la base de que la Resolución CREG 057/96 solamente habilitara a empresas distribuidoras para comercializar gas a pequeños consumidores (regulados), en parte alguna establecía condiciones para que en el futuro pudieran comercializarlo los productores y agentes importadores, como de hecho las establece la norma demandada, por lo que mal podría sostenerse que ésta se limitó a reproducir el contenido del artículo 1º de la resolución comentada.

Sea cual fuere el alcance de la Resolución CREG 057/96 en torno a las empresas habilitadas para comercializar gas a consumidores regulados, lo cierto es que la norma demandada no tenía por qué ocuparse de materias completamente ajenas a la norma legal reglamentada que, se insiste, solamente establecía que las empresas que actualmente o en el futuro prestaran el servicio de gas combustible y atendieran usuarios regulados residenciales y/o no residenciales debían incorporar a su base de clientes un número mínimo de usuarios de los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3.

- Este mandato fue además, desconocido por la norma reglamentaria demandada porque no estableció el número mínimo de usuarios de los señalados estratos a las empresas que en la fecha de expedición venían prestando el servicio de distribución de gas a usuarios regulados, como lo ordenaba la norma reglamentada.

Para justificar esa omisión el Ministerio demandado afirmó que, tal como señala la motivación de la resolución cuestionada, “la actividad de comercialización de gas natural a usuarios regulados en el país se encuentra concentrada principalmente en la atención de usuarios residenciales de los estratos socioeconómicos 1, 2, y 3 (...), señaló que a la fecha de expedición de este Decreto se tienen 3,1 millones

de usuarios residenciales que cuentan con el servicio de gas natural domiciliario, de los cuales el 13%, corresponde al estrato 1; el 37%, corresponde al estrato 2; y, el 35%, corresponde al estrato 3; y que toda vez que conforme al considerando anterior, la cobertura total a usuarios residenciales de estratos 1, 2 y 3 supera el 85%, *“no es procedente establecer un número mínimo de usuarios residenciales de dichos estratos a ser incorporado a la base de clientes de los comercializadores establecidos”*.

Las consideraciones anteriores ponen de presente, de manera clara y explícita, el desobedecimiento de los mandatos previstos en el artículo 65 de la Ley 812 de 2003 que no estableció una facultad a favor del Gobierno Nacional para señalar, si lo estimaba procedente, un número mínimo de usuarios residenciales de estratos socioeconómicos bajos a ser incorporado a la base de clientes de los comercializadores establecidos, sino que asignó una obligación expresa a cargo del Gobierno para que fijara dicho número; obligación que no cumplió.

En conclusión, la norma reglamentaria acusada omitió el cumplimiento de lo ordenado en la norma legal reglamentada y reguló una materia ajena a ésta: razón por la cual el Gobierno Nacional desbordó el ámbito propio de la potestad reglamentaria, razón suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

La materia que efectivamente reguló el Gobierno Nacional mediante el decreto demandado, incide claramente en el marco regulatorio para el servicio público de gas combustible por red y para sus actividades complementarias, de competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas por mandato del artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994, por cuya virtud le corresponde a dicha Comisión *“a. Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La Comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.”*

Por lo expuesto, el Gobierno Nacional incurrió en extralimitación de la potestad reglamentaria.

5.3. El actor formuló un segundo cargo, de acuerdo con el cual la disposición acusada habría violado las normas constitucionales que garantizan la libre empresa, establecen la reserva de ley en materia de intervención económica y prohíben la constitución de monopolios.

En su defensa, el Gobierno Nacional manifestó que la limitación introducida a la prestación del servicio de gas domiciliario a usuarios regulados es una reiteración del marco jurídico vigente en la materia, previsto en resoluciones tanto de la CREG como de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, así como en decretos del Gobierno Nacional que regulan la materia, al amparo de la Ley 142 de 1994.

A juicio de la Sala es innecesario avocar un análisis detallado de esta cuestión y sentar criterios definitivos acerca de los temas planteados porque la norma reglamentaria demandada, como se demostró, está viciada de nulidad por ocuparse de una materia ajena a la de la norma reglamentada; y para estudiar este segundo cargo sería necesario examinar la legalidad y constitucionalidad de las regulaciones de la CREG, de la Superintendencia señalada y de los Decretos del Gobierno Nacional referidos a la prestación del servicio de gas natural en que el Gobierno dice ampararse, los cuales no fueron objeto de cuestionamiento en la presente demanda.

Basta pues con la prosperidad del primer cargo para declarar la nulidad de la norma demandada.

Como al expedir la norma demanda el Gobierno Nacional desbordó el ejercicio de la potestad reglamentaria, al ocuparse de materias ajenas a la prevista norma en la norma legal reglamentada, se accederá a la pretensión de la demanda

Por 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,

FALLA

Primero. Declárase la nulidad del artículo 2º del Decreto 3429 de 28 de noviembre de 2003, proferido por el Gobierno Nacional, *“Por medio del cual se reglamenta el*

artículo 65 de la Ley 812 de 2003, en relación con la comercialización de gas natural y se dictan otras disposiciones”.

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 ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta
Aclaró voto

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO