

ACCION DE NULIDAD - Nulidad de resoluciones de la CREG Comisión de Regulación de Energía y Gas por extralimitación en la potestad reglamentaria / ACCION DE NULIDAD - Nulidad de unas resoluciones que fijaban la distribución de recursos en materia del servicio público de gas por ser ésta de competencia del Ministerio de Minas y Energía. Competencia de la CREG Comisión de Regulación de Energía y Gas al emitir resoluciones

Advierte esta Sala, tal como lo señaló el accionante en el libelo introductorio del debate procesal, que no existe norma legal ni reglamentaria que disponga en cabeza del Ministerio de Minas y Energía la competencia para la administración de recursos originados en la prestación del servicio público domiciliario de gas. Sobre el particular, afirmó la demandada que la competencia para estos efectos radicaba en la habilitación legal con la que contaba el Ministerio de Minas y Energía para celebrar los contratos especiales regulados en el Título II, Capítulo II, de la Ley 142 de 1994 y que, en cualquier caso, las normas demandadas en realidad no imponían en el Ministerio la función de administración de recursos. Al respecto, encuentra esta Sala que el artículo 1º de la Resolución 074 de 1996 (modificado por los artículos 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997) estableció expresamente que "...[l]os recursos provenientes del margen para seguridad establecido en la estructura vigente de precios de GLP fijada por la CREG, serán administrados por el Ministerio de Minas y Energía..." (...), lo cual resulta coherente si se tiene en cuenta, además, que dicha cartera ministerial debía fungir como fideicomitente en el contrato que la misma disposiciones le imponía celebrar. Se advierte de lo anterior, entonces, que en los términos del artículo 50 de la Ley 489 de 1998, la norma antes mencionada comportó una variación dentro de la estructura orgánica de la entidad al asignarle una función que no estaba prevista dentro de sus normas fundantes, lo cual supone una abierta violación del orden constitucional, pues, tal como se dejó visto previamente, esta es una competencia reservada para el legislador. Ahora bien, podría pensarse, sin embargo, que la función a la que se hace referencia se encontraba dentro del sistema de prestación de servicio público domiciliario de gas combustible y que, por lo tanto, podría ser reasignada en una de las entidades que participaban dentro del mismo. Ante tal hipótesis, la consecuencia normativa sería idéntica a la atrás indicada pues, en tal evento, la competencia sería privativa del Gobierno Nacional, en virtud de lo previsto en el numeral 17 del artículo 189 de la Constitución Política. En tal circunstancia, entonces, estaríamos ante una transgresión del orden constitucional por extralimitación de funciones de la Comisión de Regulación al invadir la órbita competencial del Gobierno Nacional que, tal como se dejó dicho, no se entiende delegada dentro de las facultades de regulación de que trata el artículo 370 superior. Advertida ilegalidad en la que incurrió el artículo 1º de la Resolución 074 de 1996 (modificado por los artículos 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997), debe señalarse que esta Sala procederá a declarar, también, la nulidad de las demás disposiciones incluidas en las pretensiones de la demanda, teniendo encuenta que existe un hilo conductor entre todas ellas, pues con las mismas se estableció un sistema de administración de unos recursos que implicaba –tenía como eje central– imponerle una función al Ministerio de Minas y Energía, por manera que se evidencia una comunicabilidad o transmisibilidad de la irregularidad que determina la nulidad de las demás disposiciones.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 96 DE 1996 COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS - CREG / RESOLUCION 146 DE 1997 COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS - CREG / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 50

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver la sentencia de 31 de julio de 2003, exp. 11001-03-24-000-2000-6327-01(6327) y 11001-03-24-000-2001-0161-

01(7064)

ACCION DE NULIDAD - Representación judicial de las partes. Representación judicial de la CREG Comisión de Regulación de Energía y Gas en cabeza del Ministerio de Minas y Energía / ACCION DE NULIDAD - Sujetos procesales que actúan bajo representación judicial por carecer de personería jurídica

Corresponde (...) al Ministro de Minas y Energía, mediante poder que otorgue para el efecto, representar a la Nación, que para el presente evento se concreta en la Cartera Ministerial respectiva y en la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG como Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Minas y Energía (...) advierte esta Sala que la legitimación por el aspecto pasivo de la acción que dio curso al presente trámite se encuentra de manera exclusiva en el Ministerio de Minas y Energía, y que la representación del mismo se encuentra en cabeza del Ministro del ramo quien, además, actúa en representación de los intereses de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG quien, como quedó visto, carece de personalidad jurídica. (...) pues siendo uno sólo el centro de imputación normativo el que goza de legitimación pasiva en este trámite, esto es, el Ministerio de Minas y Energía.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 96 DE 1996 COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS - CREG / RESOLUCION 146 DE 1997 COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS - CREG

ACCION DE NULIDAD - Nulidad de las resoluciones de la CREG. Las modificaciones de las resoluciones no impiden hacer el análisis respecto a su legalidad

En ningún proceso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona". (...) ha sostenido la Sala, la circunstancia de que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 69 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 48 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 149 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 151 / DECRETO 1 DE 1984 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 211 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 12 / RESOLUCION 81900 DE 1993

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al tema de la legalidad del acto debido a que se le hayan hecho modificaciones ver la sentencia de 7 de marzo de 2007, exp.11542

ACCION DE NULIDAD O ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Caducidad. Competencia de conocimiento del caso / CADUCIDAD - Acción de nulidad o simple nulidad. Ejercicio oportuno de la acción

Corresponde del Consejo de Estado “[c]onocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya

competencia no corresponda a la Corte Constitucional" (...) esta Sala resulta competente para conocer de la presente demanda por cuanto se cuestiona la legalidad y constitucionalidad de actos administrativos de carácter general, proferidos por autoridad del orden nacional y referidos, en parte, a asuntos de naturaleza contractual. (...) la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 237, NUMERAL 2 / LEY ESTATUTARIA 270 DE 1996 - ARTICULO 37, NUMERAL 9 / LEY ESTATUTARIA 270 DE 1996 - ARTICULO 49 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 33 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 115 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

NOTA DE RELATORIA: Frente al tema de la competencia del Consejo de Estado ver, los fallos: 11 de noviembre de 2009, exp. 20691

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Prestación de los servicios públicos domiciliarios / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Regulación normativa. Órgano encargado de la inspección y vigilancia y su funcionamiento / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Constitucionalmente la prestación de servicios públicos domiciliarios es uno de los fines del Estado / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Competencia y funciones a cargo del Congreso. Régimen tarifario a cargo del Congreso

El renovado interés de los particulares para participar en la prestación de los servicios públicos, apoyado por legislaciones más flexibles y conscientes de la importancia del soporte del sector privado en el quehacer público, ha procurado la formación tanto de modelos de "privatización" del servicio público –extremo de la intervención privada en las actividades que eran consideradas exclusivas de Estado–, como alternativas de asociación o colaboración: En ambos extremos, sin embargo, prevalece la intervención estatal con el fin de garantizar la pervivencia del interés público y, por contera, la satisfacción de las necesidades que a él subyacen, a través de procesos de regulación, control y vigilancia. (...) "En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de función pública. Y no la reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materias son objeto de regulación legal separada.(...) defirió al Congreso de la República la estructuración del régimen jurídico relativo a la intervención en la economía y a los servicios públicos. (...) corresponde a la mencionada Corporación establecer el marco normativo que guiará la actividad del Gobierno Nacional en los procesos de inspección y vigilancia (...), la intervención del Estado en la economía (...) y la regulación de las funciones públicas en la prestación de los servicios públicos (...) los servicios públicos son una actividad inherente a la finalidad del Estado, (...) le asigna al legislador la función de señalar su régimen jurídico, y previene la posibilidad de que los servicios públicos puedan ser prestados directamente por el Estado o por particulares, (...) es privativo del Congreso la regulación de los servicios públicos, y precisa que en la ley en la que fije el régimen correspondiente deberá señalar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, así como el régimen tarifario.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150, NUMERAL 23 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150, NUMERAL 8 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150, NUMERAL 21 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 367 / CONSTITUCION

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al tema de la prestación de los servicios públicos domiciliarios ver, la sentencia de 24 de febrero de 2005, exp. 01470 (AP) y el fallo de 2 de mayo de 2007, exp. 16257

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Intervención estatal, regulación de la prestación de los servicios públicos / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Delegación de la regulación de la prestación de servicios públicos domiciliarios

Ley de servicios públicos domiciliarios otorgó a las Comisiones de Regulación, la facultad de regular el servicio público respectivo; (...) señaló las funciones y facultades generales en relación con la regulación de los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, (...) la regulación objeto de delegación, además de tener una acepción ligada a la producción normativa, está más estrechamente relacionada con un concepto encaminado a optimizar la prestación eficiente de los servicios públicos y garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad. En efecto, entiende la Sala que las competencias regulatorias asignadas a las Comisiones de Regulación buscan, más allá de otorgar facultades de producción normativa, garantizar una intervención dinámica dentro del mercado que evite prácticas indeseables atentatorias de los intereses de los prestadores y de los consumidores y, en últimas, de las finalidades sociales del Estado. (...) en ningún caso gozan de la virtualidad suficiente para invadir la órbita competencial del Congreso de la República o del Gobierno Nacional, y que debe desarrollarse con el objeto de optimizar la prestación eficiente de los servicios públicos y garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 211 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 68 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 370

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Limitación de las funciones. Extralimitación de las funciones a la expedición de los actos / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Prestación de servicio público domiciliario de gas / NULIDAD - Nulidad de los actos emanados por extralimitación de funciones al expedir las resoluciones

Relativos a la extralimitación de funciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG en la expedición de las normas atacadas, (...) no existe norma legal ni reglamentaria que disponga en cabeza del Ministerio de Minas y Energía la competencia para la administración de recursos originados en la prestación del servicio público domiciliario de gas. (...) Los recursos provenientes del margen para seguridad establecido en la estructura vigente de precios de GLP fijada por la CREG, serán administrados por el Ministerio de Minas y Energía..." (...) comportó una variación dentro de la estructura orgánica de la entidad al asignarle una función que no estaba prevista dentro de sus normas fundantes, lo cual supone una abierta violación del orden constitucional, pues, tal como se dejó visto previamente, esta es una competencia reservada para el legislador. (...) a función a la que se hace referencia se encontraba dentro del sistema de prestación de servicio público domiciliario de gas combustible y que, por lo tanto, podría ser reasignada en

una de las entidades que participaban dentro del mismo. (...) entonces, estaríamos ante una transgresión del orden constitucional por extralimitación de funciones de la Comisión de Regulación al invadir la órbita competencial del Gobierno Nacional (...) esta Sala procederá a declarar, también, la nulidad de las demás disposiciones incluidas en las pretensiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150, NUMERAL 7 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 69 / DECRETO 2119 DE 1993 / DECRETO 27 DE 1995 / LEY 142 DE 1994 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 50 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189, NUMERAL 17 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 370

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la competencia de las funciones frente al tema de los servicios públicos domiciliarios dados por la Ley 489 de 1998 ver, la decisión de 31 de julio de 2003, exp. 11001-03-24-000-2000-6327-01(6327) y 11001-03-24-000-2001-0161-01(7064)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-26-000-1999-06722-01(16722)

Actor: ASOCIACION COLOMBIANA DE FONDOS DE MANTENIMIENTO, REPARACION Y REPOSICION DE CILINDROS DE G.L.P

Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

Referencia: ACCION DE NULIDAD (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala, en única instancia, la demanda instaurada por Asociación Colombiana de Fondos de Mantenimiento, Reparación y Reposición de Cilindros de G.L.P., en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. en la que impugna la resolución 074 de 1996, parcial, modificada por las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997, todas expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, así como el artículo 1º (modificado por la resolución 8 0091 de 1998), 2º y 3º de la resolución 8 2637 de 1997 del Ministerio de Minas y Energía.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

El día dieciséis (16) de junio de 1999¹, la Asociación Colombiana de Fondos de Mantenimiento, Reparación y Reposición de Cilindros de G.L.P., por conducto de apoderado judicial debidamente constituido², presentó demanda en ejercicio de la acción pública de nulidad, en contra de la Nación – Ministerio de Minas y Energía. En el escrito de la demanda planteó las siguientes pretensiones³:

“Primera: Declarar la nulidad de las siguientes disposiciones:

“1. Del artículo 29 de la Resolución No. 074 del 10 de septiembre de 1996, modificado por el artículo 1º de la Resolución 096 de 29 de octubre de 1996 y por el artículo 1º de la Resolución 146 de 29 de agosto de 1997, proferidas estas disposiciones por la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible – CREG -, por la cual se regula el servicio domiciliario de gases licuados del petróleo (GPL);

“2. Del artículo 30 de la Resolución CREG-074 del 10 de septiembre de 1996, modificado por el artículo 2º de la Resolución CREG-096 de 29 de octubre de 1996;

“3. Del artículo 31 de la Resolución CREG-074 de 1996, inciso segundo, en la parte que expresa:

‘Artículo 31

[...]

“Los grandes comercializadores entregarán mensualmente a la entidad fiduciaria, dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente al de la causación, el valor recaudado por concepto de dicho margen (sic)...”;

“4. Del artículo 32 de la Resolución 074 de 1996 de la CREG;

“5. Del artículo 33 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“6. Del artículo 34 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“7. Del artículo 35 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“8. Del artículo 36 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“9. Del artículo 37 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“10. Del artículo 38 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“11. Del artículo 39 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“12. Del artículo 40 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“13. Del artículo 41 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“14. Del artículo 45 de la Resolución CREG 074 de 1996, inciso segundo, en

¹ Folio 111 del cuaderno No. 1.

² Folios 4 y 5 del cuaderno No. 1.

³ Folios 67 al 111 del cuaderno No. 1

la parte que reza:

“Artículo 45

“Los fabricantes o importadores de cilindros y tanque estacionarios, deberán informar semestralmente a la fiducia...”

“Segunda.- Como consecuencia de declarar la nulidad del artículo 29 de la Resolución 074 del 10 de septiembre de 1996, modificado por el artículo 1º de la Resolución 096 de 29 de octubre de 1996 y por el artículo 1º de la Resolución 146 del 29 de agosto de 1997, proferidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG -, se declare la nulidad de (sic):

“a. Del artículo 1º de la Resolución 8 2637 de septiembre 26 de 1997, modificado por el artículo 1º de la Resolución 8 0091 de 26 de enero de 1998, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía;

“b. Del artículo 2 de la Resolución 8 2637 de septiembre 26 de 1997, del Ministerio de Minas y Energía;

“c. Del artículo 3º de la Resolución 8 2637 de septiembre 26 de 1997, del Ministerio de Minas y Energía”.

2. Los actos acusados

El actor solicitó la nulidad de los actos que a continuación de transcriben.

2.1. Resolución No. 074 del 10 de septiembre de 1996

“RESOLUCIÓN No. 074

“10 de Septiembre de 1996

“Por la cual se regula el servicio público domiciliario de gases licuados del petróleo (GLP), y se dictan otras disposiciones.

“LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

“RESUELVE:

“Artículo 29. [Modificado por los artículos 1º de la resolución 096 de 29 de octubre de 1996 y 1º de la resolución 146 de 1997]⁴. *Fiducia. Los recursos*

⁴ El artículo original establecía: “A partir del primero (1º) de noviembre de 1996, los recursos provenientes del margen para seguridad establecido en la estructura vigente de precios de GLP fijada por la CREG, serán administrados por el Ministerio de Minas y Energía a través de un contrato de fiducia, de conformidad con el numeral 6º, artículo 2º, del Decreto 27 de 1995.

”En los términos de la presente Resolución, los recursos provenientes del margen de seguridad se emplearán: para el pago de la póliza a que se refiere el artículo cuarenta y siete (47) de la presente Resolución; para el mantenimiento, reparación y reposición de cilindros portátiles, tanques estacionarios, otros recipientes, partes y accesorios de los mismos y demás conceptos relacionados con estas actividades, y para el pago que genere el contrato de fiducia; el remanente, si lo hubiere, para el desarrollo y cambio de las válvulas de los cilindros portátiles de GLP, por unas de seguridad.

provenientes del margen para seguridad establecido en la estructura vigente de precios de GLP fijada por la CREG, serán administrados por el Ministerio de Minas y Energía a través de un contrato de fiducia celebrado de conformidad con el numeral 6º, artículo 2º, del decreto 27 de 1995, y demás normas que le sean aplicables.

“En los términos de esta resolución, los recursos provenientes del margen de seguridad se emplearán: para el pago de la póliza a que se refiere el artículo cuarenta y siete (47) de la presente resolución; para el mantenimiento, reparación y reposición de cilindros portátiles, tanques estacionarios, otros recipientes, partes y accesorios de los mismos y demás conceptos relacionados con estas actividades; para los pagos que genere el contrato de fiducia y su interventoría; y, para el desarrollo y cambio de válvulas de los cilindros portátiles de GLP, por unas de seguridad.

“Parágrafo. Los distribuidores de GLP por red local, tendrán el derecho de exigir a la fiduciaria el reintegro de los recursos provenientes del margen, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de las facturas y asientos contables que demuestren los volúmenes de gas suministradas en el respectivo periodo”.

“Artículo 30. [Modificado por los artículo 1º de la resolución 096 de 29 de octubre de 1996 y 1º de la resolución 146 de 1997]. Recursos en poder de los fondos. Los recursos provenientes del margen para el mantenimiento, reparación y reposición establecidos en las estructuras de precios de GLP, que hayan recibido los Fondos de Mantenimiento, Reparación y Reposición de Cilindros y Tanques actualmente existentes y que no hayan sido utilizados, deberán ser entregados a la entidad fiduciaria a que se refiere el artículo anterior, dentro del término que para tal efecto fije el Ministerio de Minas y Energía, previa verificación y sustentación contable por parte de la Superintendencia de Servicios públicos y de la Contraloría General de la República, conforme a las funciones de esas autoridades”.

“Artículo 31. Transferencia de recursos. (...)

“Los grandes comercializadores entregarán mensualmente a la entidad fiduciaria, dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente al de la causación, el valor recaudado por concepto de dicho margen. Los grandes comercializadores no recibirán suma alguna por el manejo de los recursos destinados a estas actividades.”

“Artículo 32. Obligaciones de la fiducia. La fiducia está obligada a cancelar el mantenimiento periódico, preventivo y correctivo, de los cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios, sin importar su tamaño y fecha de fabricación, y a reponer todos los cilindros portátiles que, en razón de su deterioro, lleguen al límite de uso.

“Artículo 33. Reposición de tanques para suministro residencial. Las obligaciones de la fiducia con relación a la reposición de tanques estacionarios de GLP, tienen el siguiente alcance:

“Parágrafo. Los distribuidores de GLP por red local, tendrán el derecho de solicitar a la fiducia el reintegro de los recursos provenientes del margen dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de las facturas y asientos contables que demuestren los volúmenes de gas suministrados en el respectivo período.”

“a) Los tanques estacionarios en servicio, cuya fecha de fabricación sea posterior al 1º de enero de 1985, su reposición estará íntegramente a cargo de la Fiducia.

“b) Los tanques estacionarios en servicio, cuya fecha de fabricación sea anterior al 1º de enero de 1985, su reposición estará a cargo del propietario. En este caso, los talleres estarán obligados a hacer la reposición y facturarán el valor correspondiente al propietario, de acuerdo con las tarifas fijadas con la fiducia.

“Parágrafo. Para el cumplimiento del presente artículo el propietario del tanque debe demostrar la fecha de su fabricación mediante la respectiva factura original de compra o la placa de especificaciones de fabricación que debe estar adherida en el cuerpo del mismo. Si esta comprobación no es factible, el tanque recibirá la denominación del ordinal b) del presente Artículo.

“Artículo 34. Reposición de tanques para suministro comercial e industrial. La reposición de los tanques estacionarios en servicio para suministro comercial e industrial, cuya fecha de fabricación sea posterior al 1º de enero de 1985, se harán dependiendo de su capacidad, así:

“a) Los tanques con capacidad individual igual o menor de 500 galones (1.892,5 litros) de agua, estarán íntegramente a cargo de la Fiducia.

“b) Los tanques con capacidad individual superior a 500 galones (1.892,5 litros) de agua, serán objeto de negociación entre el propietario y la Fiducia, teniendo en cuenta que los primeros 500 galones (1.892,5 litros) de agua están exceptuados de cargo al propietario, según el literal a) del presente artículo.

“Parágrafo. Los dineros que recibe cada taller por entradas en la venta de chatarra de cilindros, tanques, otros recipientes, sus partes y accesorios, ingresarán a la fiducia, previa deducción de la tarifa de destrucción que se fije como resultado de las convocatorias.

“Artículo 35. Talleres. Las actividades de mantenimiento, reparación y reposición de cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios, serán prestadas por las personas que resulten escogidas de acuerdo con las convocatorias a que se refiere el artículo siguiente. Los Fondos de Mantenimiento, Reparación y Reposición de Cilindros y Tanques Estacionarios actualmente existentes, podrán participar en las convocatorias. “Las personas a las que se refiere este artículo se denominarán talleres de mantenimiento, reparación y reposición de GLP, y no estarán obligadas a organizarse como empresas de servicios públicos.

“Artículo 36. Convocatorias. Los talleres de mantenimiento, reparación y reposición de GLP serán escogidos mediante convocatoria pública, para períodos no superiores a cinco (5) años.

“Para la fijación de las tarifas y precios por las actividades de mantenimiento, reparación y reposición de cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes accesorios, incluido el traslado de los cilindros, la fiducia establecerá procedimientos que aseguren y estimulen la posibilidad de concurrencia de oferentes, y las convocatorias podrán abarcar regiones

geográficas específicas.

“En el análisis de las ofertas presentadas, la fiducia deberá tener en cuenta la capacidad técnica, económica y administrativa de los oferentes, para efectuar el mantenimiento, reparación y reposición de los cilindros, tanques estacionarios, recipientes, sus partes y accesorios.

“Parágrafo primero. Las instalaciones de los talleres deberán cumplir con todos los requisitos técnicos y de seguridad establecidos por las autoridades competentes. El Ministerio de Minas y Energía reglamentará la operación de los talleres.

“Parágrafo segundo. Hasta que inicien operaciones los talleres a que se refiere el artículo 34 de la presente Resolución, los Fondos de Mantenimiento, Reparación y Reposición de Cilindros y Tanques existentes, continuarán operando con cargo a los recursos que para tal efecto destine la fiducia.

“Artículo 37. Obligaciones generales de los talleres. Los talleres están obligados a efectuar el mantenimiento periódico, preventivo y correctivo, la reparación y la reposición de los cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios, en los términos establecidos en la presente Resolución.

“El mismo día que un taller reciba cilindros portátiles para el mantenimiento, reparación o reposición, éste debe a su vez entregar al distribuidor la totalidad de los cilindros recibidos.

“Artículo 38. Pago de cuentas de cobro. La fiducia, con cargo a los recursos provenientes del margen para seguridad, cancelará las cuentas de cobro debidamente soportadas que le presenten los talleres dentro de los primeros diez (10) días de cada mes. Las cuentas de cobro deberán guardar relación con la programación a que se refiere el artículo siguiente y serán canceladas dentro de los diez (10) días siguientes a su presentación.

“La fiducia estará obligada a reponer en el mismo término los cilindros que en razón de su deterioro, no sean susceptibles de seguir siendo utilizados por los distribuidores para el suministro de GLP, con sujeción a las normas técnicas y de seguridad expedidas por las autoridades competentes.

“Parágrafo. La fiducia, el Ministerio de Minas y Energía y la Superintendencia de Servicios Públicos, podrán practicar visitas a los distribuidores para verificar el estado de los cilindros y ordenar su mantenimiento, reparación y reposición.

“Artículo 39. Programación. A partir de la entrada en vigencia del contrato de fiducia y dentro de los diez (10) últimos días de cada bimestre, los distribuidores deberán informar a la fiducia el número de cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios cuyo mantenimiento, reparación y reposición pretenden realizar en el bimestre siguiente, sugiriendo el taller o talleres que pretenden utilizar para el efecto.

“La fiducia autorizará dentro de los diez (10) primeros días de cada bimestre y de acuerdo con los recursos disponibles, el porcentaje de los cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios cuyo

mantenimiento, reparación y reposición podrá efectuarse y los talleres respectivos. Esta autorización la formulará por escrito, con copia a los respectivos talleres y a la CREG.

“Por razones geográficas o de saturación de trabajo, la fiducia podrá ordenar la ejecución de trabajos en talleres diferentes a los sugeridos por el distribuidor, siempre y cuando ello no implique mayores costos.

“Parágrafo. Los distribuidores no podrán circular los cilindros que ofrezcan riesgos para la seguridad de los usuarios, cuando su mantenimiento, reparación y reposición no quede incluida inmediatamente dentro de la programación efectuada por la fiducia. Para efectos de la presente Resolución, los bimestres, trimestres y semestres comenzarán a contarse a partir del mes de enero.

“Artículo 40. Destrucción de cilindros y válvulas. Además de los recursos provenientes del margen para seguridad, a la fiducia ingresarán los provenientes de la venta de chatarra de cilindros, tanques, otros recipientes, sus partes y accesorios.

“La venta y destrucción de cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios deberán efectuarse con la presencia de delegados de la fiducia, de la Superintendencia de Servicios Públicos y del Ministerio de Minas y Energía. No podrán participar como compradores, ni directa ni por interpuesta persona, los talleres, comercializadores o distribuidores de GLP.

“Artículo 41. Informes talleres. Los talleres deberán elaborar un informe bimestral de actividades con destino a la fiducia, con copia a la Superintendencia de Servicios Públicos y al Ministerio de Minas y Energía, que incluya los siguientes aspectos:

“a) Número de cilindros, sus partes y accesorios (con número de identificación) recibidos y entregados a cada uno de los distribuidores, indicando el tipo de reparación efectuada y el nombre del distribuidor respectivo.

“b) Número de cilindros, sus partes y accesorios (con número de identificación) que deberán ser destruidos y reemplazados, indicando el nombre del proveedor.

“c) Número de tanques estacionarios y otros recipientes a los que se les efectuó mantenimiento, indicando el tipo de reparación efectuada y el nombre del distribuidor respectivo.

“d) Número de tanques estacionarios y otros recipientes objeto de reposición, indicando el nombre del proveedor y cuántos fueron a cargo de la Fiducia.

“Parágrafo. La información suministrada debe contener además la tarifa cobrada por cada servicio. Los informes de que trata este artículo, deben ser presentados por los talleres durante los quince (15) primeros días de cada bimestre.

“Artículo 45. Prohibiciones e informes.

“(…)

“Los fabricantes o importadores de cilindros y tanques estacionarios, deberán informar semestralmente a la fiducia con copia al Ministerio de Minas y

Energía, Dirección General de Hidrocarburos, la cantidad de cilindros y tanques estacionarios fabricados o importados, las ventas efectuadas y la identificación de los clientes que adquieran tanques”.

2.2. Artículo 1º de la Resolución 8 2637 del 26 de septiembre de 1997, modificado por el artículo 1º de la Resolución 8 0091 del 26 de enero de 1998

“Artículo 1º. El artículo 1º de la Resolución No. 8 2637 de 1997 expedida por el Ministerio de Minas y Energía quedará así:

Artículo 1º. Delegar en la Empresa Colombiana de Petróleos – ECOPETROL-, la administración de los recursos del margen de seguridad del servicio público domiciliario de distribución de gases licuados de petróleo –GLP- a que se refiere el artículo 29 de la Resolución No. 074 de 1996 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, modificada por la Resolución No. 096 de 1996 y la Resolución 146 de 1997 expedida por la misma Comisión, Dichos recursos serán administrados a través de un contrato de fiducia.

“La responsabilidad final de la administración, dirección y manejo de la actividad precontractual del proceso de selección de la entidad fiduciaria, del interventor, así como de los respectivos contratos será de ECOPETROL, empresa a la cual corresponderá la expedición de los actos administrativos que se requieran en el desarrollo de los mismos y de los demás contratos que se deriven de ellos”.

2.3. Artículo 2º de la Resolución 8 2637 del 26 de septiembre de 1997

“Artículo 2º. La dirección y coordinación general de la ejecución del contrato de fiducia, estará a cargo de un Comité Directivo de la Fiducia, conformado por dos representantes del Ministerio de Minas y Energía, y uno de Ecopetrol.

“El Comité Directivo de la Fiducia ejercerá la dirección, el control y la vigilancia sobre la actuación de la sociedad fiduciaria, de acuerdo con las normas sobre la materia, el respectivo contrato y a través de la Interventoría.

2.4. Artículo 3º de la Resolución 8 2637 del 26 de septiembre de 1997

“Artículo 3º. Son funciones del Comité Directivo de la Fiducia las siguientes:

“a) Aprobar la distribución de los recursos para que los fondos de mantenimiento, reparación y reposición de cilindros y tanque existentes, continúen operando hasta que inicien operaciones los talleres a que se refiere el artículo 34 de la Resolución CREG-074 de 1996;

“b) Velar por el cumplimiento de las políticas de mantenimiento, reparación y reposición de los cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus parte y accesorios, establecidas por las autoridades competentes;

“c) Señalar a la sociedad Fiduciaria los términos generales para desarrollar las convocatorias de talleres;

“d) Autorizar, de acuerdo con los recursos disponibles, el mantenimiento,

reparación y reposición de cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios, en los términos establecido por el artículo 39 de la Resolución CREG-074 de 1996.

“e) Autorizar la realización de la contratación de la póliza global a que se refiere el artículo 47 de la Resolución CREG 074 de 1996;

“f) Autorizar los pagos que remuneran a la entidad fiduciaria;

“g) Autorizar el reintegro de los recursos provenientes del margen a los distribuidores de GLP por red local, y fijar los procedimientos y requisitos;

“h) Autorizar la realización de los contratos que se requieren para el desarrollo y cambio de las válvulas de los cilindros portátiles de GLP, por unas de seguridad;

“i) Verificar el desarrollo de un sistema de información que permita determinar cuando menos el estado y ubicación de los cilindros, tanques estacionarios, otros recipientes, sus partes y accesorios, cuyo mantenimiento, reparación y reposición deberá efectuarse, en los términos establecidos por el artículo 39 de la Resolución CREG-074 de 1996, así como todos los detalles de la situación financiera de los recursos.

“j) Aprobar los informes de la interventoría y pagos que deban realizarse por ese concepto.

“k) Autorizar la realización de los actos y contratos que se requieren para el desarrollo de la fiducia y en general para el desarrollo de sus actividades.

“l) En general, ejercer todas la actividades de dirección del contrato de fiducia, de su control y vigilancia”.

3. Los hechos de la demanda

El actor, luego de señalar las pretensiones particulares de la demanda e individualizar las normas blanco de ataque de la acción, señaló como objeto de la misma “...lograr la declaratoria de nulidad de los artículos 29 y ss. de la Resolución CREG-074 de 1996, y las que la modificaron, junto con las proferidas por el Ministerio de Minas y Energía que delegaron en la Empresa Colombiana de Petróleos ‘Ecopetrol’, las funciones otorgadas por la mencionada resolución y crearon órganos de dirección y coordinación de la fiducia, con sus correlativas funciones”⁵.

Advirtió el actor que mediante las normas demandadas la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG adoptó nuevas políticas, no comprendidas en el marco de la Ley 142 de 1994, que implicaron, incluso y según su dicho, la modificación de la estructura orgánica del Ministerio de Minas y Energía.

Señala la demandante sobre este particular, que las normas demandadas le asignaron impropriamente al Ministerio de Minas y Energía la función de administrar, a través de un contrato de fiducia, uno de los componentes de la estructura de precios del gas propano denominado “margen de seguridad”, el cual debe ser destinado al mantenimiento, reparación y reposición de los cilindros gas

⁵ Folio 76 del cuaderno No. 1.

licuado de petróleo – GLP.

El actor advirtió como violatorio de normas superiores, que en el nuevo mecanismo diseñado por las normas demandadas para el mantenimiento, reparación y reposición de los cilindros, se deje en cabeza de la sociedad fiduciaria, contratada para el manejo de los recursos, la realización de una convocatoria pública para seleccionar a las personas naturales o jurídicas que prestarían dichos servicios.

Indica el accionante que, previo a la expedición de los actos demandados, la labor de mantenimiento, reparación y reposición de los cilindros se realizaba conforme con las previsiones contenidas en la resolución 1040 de 1987, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, en las que se prevenía que los dineros provenientes del denominado “margen de seguridad” eran recaudados por Ecopetrol –tal como se dispone nuevamente en las normas demandadas–, actividad por la cual recibía una comisión del 0.5% calculado sobre el monto de los recursos administrados –aspecto modificado en las normas demandadas–, y los entregaba a las entidades encargadas del mantenimiento, reparación y reposición de cilindros, las cuales se encontraban conformadas por los distribuidores de gas propano.

Posteriormente, en el acápite denominado “fundamentos de hecho”⁶, el accionante, luego de hacer una síntesis del contenido de cada una de las disposiciones cuya nulidad solicita, señaló la estructura tarifaria del GLP para la época de la presentación de la demanda y concluyó que los recursos provenientes del “margen de seguridad”, en su concepto, “...no son fondos, recursos ni bienes de la Nación, como tampoco se trata de partidas de propiedad del Ministerio de Minas y Energía”⁷. Advierte, en concreto, que “...la función establecida por la Resolución CREG-074 de 1996 al Ministerio de Minas y Energía, de administrar por medio de contrato de fiducia aquellos recursos del margen de seguridad del GLP, se realizó por dicha entidad sin tener competencia para ello, desbordando así el marco de acción previsto en la ley 142 de 1994”⁸.

4. Disposiciones violadas y concepto de la violación

El actor en documento del dos (2) de junio de 2000⁹, presentó aclaración de la demanda, particularmente en relación con el acápite denominado “Normas Violadas y concepto de su violación”, con el fin de “...ordenar algunos conceptos desarrollados en el referido capítulo, e incorporar un nuevo cargo”, la cual fue admitida en auto del veinticinco (25) de septiembre de 2000¹⁰.

El actor funda sus pretensiones en diez cargos, respecto de los cuales advierte violaciones legales y constitucionales de las normas atacadas.

4.1. Cargo primero: “Violación del artículo 365 inciso segundo y 367 de la Constitución Nacional”

El accionante considera violados los siguientes apartes de las normas constitucionales mencionadas:

⁶ Folios 78 y ss. del cuaderno No. 1.

⁷ Folio 82 del cuaderno No. 1.

⁸ Folio 83 del cuaderno No. 1.

⁹ Folios 140 a 169 del cuaderno No. 1.

¹⁰ Folio 177 del cuaderno No. 1.

“Artículo 365.

“(…)

“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley…”.

“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 costos…”.

El actor señala que la Resolución 074 de 1996 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG reguló de manera integral la prestación de ese servicio, toda vez que allí definió y precisó “...quienes (sic) son sus entes prestadores, las calidades, competencias, sus responsabilidades y cobertura”, por lo cual deduce “... que este acto administrativo REGULO (sic) este servicio público que por mandato constitucional (Art. 365 y 367) solamente está atribuido a la ley”. Indica, no obstante lo anterior, que busca sólo la nulidad parcial de la Resolución 074 de 1996, concretamente de sus artículos 29 (modificado por las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997), 32, 33, 34, 35, 36, 37 y 38.

Manifiesta el actor que las disposiciones antes indicadas elevaron a servicio público domiciliario el mantenimiento, reparación y reposición de cilindros de GLP, y establecieron su régimen jurídico. En efecto, luego de transcribir las disposiciones demandadas, encuentra el actor que en ellas se regulan “...las competencias, calidad, financiación, tarifas...”, todo lo cual transgrede la reserva legal que existe sobre la materia.

4.2. Cargo segundo: “Violación del artículo 67 de la Ley 142 de 1994”

Considera el actor que mediante el artículo 29 de la Resolución 074 de 1996 (modificado por el artículo 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997), se violó lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 142 de 1994, pues esta última norma estableció de manera precisa las funciones de los ministerios en relación con los servicios públicos y, en ninguno de los apartes de la mencionada norma, se establece la habilitación para que el Ministerio de Minas y Energía administre, a través de un contrato de fiducia, los recursos que se destinan al mantenimiento, reparación y reposición de cilindros y que provienen del margen de seguridad que se encuentra previsto en la estructura de precios del GLP.

El accionante también da cuenta de las normas que regularon la estructura orgánica de la cartera ministerial (decretos 119 de 1992, 10 y 27 de 1995), revisión de la cual concluye la inexistencia previa de la función asignada al Ministerio de Minas y Energía por el artículo 29 de la Resolución 074 de 1996 (modificado por el artículo 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997).

4.3. Cargo tercero: Violación del artículo 28 de la Ley 142 de 1994

El accionante considera que los artículos 36 y 37 de la Resolución 076 de 1996 son violatorios del inciso 2º del artículo 28 de la Ley 142 de 1994, el cual establece:

“Artículo 28. Redes. (...)

“Las empresas tienen la obligación de efectuar el mantenimiento y reparación de las redes locales, cuyos costos serán a cargo de ellas”.

Se indica sobre el particular en la demanda que la norma arriba transcrita hace referencia a las empresas de servicios públicos que, en materia de gas combustible, se encargan de su distribución por tubería u otro medio.

Conforme con tal norma, continua el demandante, le corresponde a las empresas distribuidoras efectuar el mantenimiento y reparación de las mencionadas redes. Por lo tanto, la trasgresión de la norma de carácter legal se concreta cuando las disposiciones demandadas de la Resolución 076 de 1996 establecen que tales labores de mantenimiento y reparación de cilindros se encuentran a cargo de las personas que resultarán escogidas en desarrollo de las convocatorias públicas que realizará la fiduciaria contratada en virtud del artículo 29 de la misma disposición.

4.4. Cargo cuarto: Violación del artículo 68 de la Ley 142 de 1994 y del decreto 2253 de 1994

Señala el actor que los artículos 29 (modificado por el artículo 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997), 30 (modificado por el artículo 2º de la resolución 096 de 1996), 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 45 inciso 2º de la Resolución 074 de 1996 son violatorios, por una parte, del artículo 68 de la Ley 142 1994¹¹, por el cual se asigna al Presidente de la República la función de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, o delegar tal función en las comisiones de regulación de los servicios públicos y, por otra, del Decreto 2253 de 1994¹² por medio del cual, precisamente, el Presidente de la República delega en la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG las funciones a que hace referencia el artículo 68 de la precitada ley.

El actor estructura el cargo afirmando que la delegación de funciones autorizada por el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 y materializada en el decreto 2253 de 1994 debe ejercerse en los términos de la ley antes mencionada, de suerte que su ejercicio por fuera de dicho cause y, particularmente, en trasgresión de su artículo 67 –ya analizado en el segundo cargo planteado– viola el decreto de delegación “...por extralimitación en el ejercicio de sus funciones...”.

Precisa el accionante:

“En estas condiciones, la función de la CREG de señalar políticas generales de administración y control, no puede extenderse al señalamiento de funciones O NUEVAS COMPETENCIAS a cargo del Ministerio de Minas y Energía para la gestión de los servicios públicos domiciliarios, no determinada por la ley 142 de 1994, artículo 67”¹³.

¹¹ Ley 142 de 1994, artículo 68: “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.”

¹² Decreto 2253 de 1994, artículo 1º: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto 1524 de 1994, delégase en la Comisión de Regulación de Energía y Gas las funciones presidenciales a las que se refiere el artículo 68, y las disposiciones concordantes de la Ley 142 de 1994, ‘por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones’, para que las ejerza en la forma prevista en esta Ley, en relación con los servicios públicos respectivos.”

¹³ Folio 152 del cuaderno No. 1.

Las normas mencionadas en este cargo también resultan vulneradas, según el dicho del accionante, por el mecanismo de convocatoria pública regulado en los artículos 35 y 36 de la Resolución 074 de 1996 para la selección de las personas que se encargarían del mantenimiento, reparación y reposición de los cilindros que, como quedó señalado, en consideración del demandante, va en contravía de lo regulado en el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 142 de 1994.

4.5. Cargo quinto: Violación del artículo 2º, ordinal 6º, del decreto 27 de 1995 y del artículo 39 de la ley 142 de 1994

De acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Resolución 074 de 1996 (modificado por el artículo 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997), el contrato de fiducia cuya celebración se le impone al Ministerio de Minas y Energía, debe celebrarse de conformidad con lo estableció en el artículo 2.6 del decreto 27 de 1995¹⁴, norma esta que remite al Título II, Capítulo II, de la Ley 142 de 1994. Por virtud de lo anterior, el régimen legal del contrato de fiducia se regularía por las normas relativas a los “Contratos especiales para la gestión de los servicios públicos” de los cuales se ocupan los artículos 39 y 40 de la Ley 142 de 1994.

En sentir del demandante, ninguno de los contratos especiales señalados en el artículo 39 mencionado se ajusta a aquel previsto en el artículo 29 de la Resolución 074 de 1996. Sobre el particular el accionante concreta el cargo en los siguientes términos:

“Por lo expuesto, resulta evidente que la realización del contrato de fiducia al que se refiere el artículo 29 de la Resolución CREG 074 de 1996, modificado por el artículo 1º Resolución (sic) CREG 096 de 1996 y artículo 1º Resolución (sic) CREG 1246 de 1997, no corresponde en manera alguna a los contratos tipificados en el art. 39 de la ley 142 de 1994.(sic) Dando lugar a establecer la violación de la disposición impugnada no sólo respecto del artículo 39 de la ley 142 de 1994, sino también del decreto 27 de 1995”.

4.6. Cargo sexto. Violación del artículo 150 ordinal 7 de la Constitución Nacional

En consideración del demandante, el artículo 29 de la Resolución 074 de 1994 (modificado por el artículo 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997) modificó la estructura orgánica del Ministerio de Minas y Energía al asignarle la función de administrar, directa o indirectamente, los recursos provenientes del margen de seguridad para la atención del mantenimiento, reparación y reposición de cilindros, con lo cual se vulneró el artículo 150.7¹⁵ de la Constitución Política, al invadir la órbita competencial del Congreso de la República.

4.7. Cargo séptimo: Violación del artículo 211 de la Constitución Nacional y del decreto 2119 de 1992, artículo 8º tercer inciso

Las normas cuya violación alega la demanda se contraen a regular el fenómeno de la delegación de funciones: la de orden constitucional, como concepto propio a la dinámica administrativa, y el Decreto 2119 de 1992 respecto de aquellas que, en el marco de la Constitución, la ley y el reglamento, pueden ser objeto de delegación por parte del Ministro de Minas y Energía.

¹⁴ Por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía.

¹⁵ Constitución Política, artículo 150.7: “Corresponde al Congreso hacer las ley. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica...”.

En concreto, el demandante considera vulnerado el aparte que enseguida se subraya del artículo 211 de la Constitución Política:

*“Artículo 211. **La Ley** señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del estado que la misma le determine. **Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.**” (se resalta)*

Respecto del Decreto 2119 de 1992, considera vulnerado el inciso 3º, conforme con el cual:

“Artículo 8. (...)

“Salvo las funciones de regulación y planeación, el Ministro de Minas y Energía también podrá delegar las funciones que le son propias, de conformidad con la Constitución Nacional y la ley, en sus entidades descentralizadas, en las entidades territoriales y, en general, en cualquier otra autoridad, cuando para su adecuado desempeño se requiera de los recursos físicos y humanos de tales entidades o autoridades.”

Ambas disposiciones, en consideración del accionante, son infringidas teniendo en cuenta que

“...el Ministerio de Minas y Energía carecía de competencia para administrar los recursos provenientes del margen de seguridad establecido en el precio o tarifa del gas propano; para celebrar contratos de fiducia celebrados (sic) de conformidad con el Decreto 27 de 1995, tenientes a su administración; entonces mal podría dicho Ministerio, mediante el artículo 1º de la Resolución 8 2637 de 1997, modificado por el artículo 10 de la Resolución 8 0091 de 1998, delegar en la Empresa Colombiana de Petróleos ‘Ecopetrol’ (...), la administración de los recursos del margen de seguridad a que se refiere el artículo 29 de la Resolución CREG-074, modificado por el artículo 1º de la Resolución CREG-096 de 1996 y Artículo 1º de la Resolución CREG-146 de 1997. Como tampoco podía disponer que dicha administración se realizaría ‘a través de un contrato de fiducia’ y que le corresponde a Ecopetrol así mismo la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad precontractual y del proceso de selección de la entidad fiduciaria y del interventor”.

4.8. Cargo octavo: Violación del artículo 32 ordinal 5, incisos 3º y 6º de la Ley 80 de 1993

El presente cargo es propuesto sólo para el evento en el que no prospere el cargo segundo, *ut supra*, y se concreta en que con la remisión al artículo 39 de la Ley 142 de 1994 realizada por el artículo 29 de la Resolución 074 de 1996 (modificado por los artículos 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997), se vulnera lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en relación con la celebración de contratos fiducia, pues mientras la norma de la Ley 142 de 1994 establece que los contratos en ella regulados se regirán por el derecho privado, la norma de Estatuto General de Contratación de la Administración Pública impone que “...los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por la

entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto...”.

Dentro de este cargo el demandante incluye un apartado que denomina “Acerca de normas presupuestales”, conforme con el cual, la administración fiduciaria de los recursos del margen de seguridad en los términos dispuestos por la resolución 074 de 1996 y sus modificaciones, violaría el inciso 6º de numeral 5º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁶, pues los recursos así dispuestos no garantizarían el cumplimiento de las normas presupuestales a las cuales se encontraba obligado el Ministerio de Minas y Energía, particularmente en lo que guarda relación con los principios del sistema presupuestal previstos en el artículo 12 del decreto 111 de 1996.

Salvo para el caso del principio de planeación, el accionante no establece en qué consiste la violación por él alegada de los principios presupuestales de anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, inembargabilidad, coherencia macroeconómica y homeóstasis.

En relación con el principio de planeación, advierte que lo considera vulnerado “...por disponerse tal erogación de gastos, sin contar con un plan operativo anual de inversiones, como estaría obligado...”.

4.9. Cargo noveno: Violación de los artículos 11.1 y 12 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 7º del decreto 679 de 1994

Según el accionante, los incisos 2º y 3º del artículo 36 de la Resolución 074 de 1996, violan las disposiciones precitadas, toda vez que mediante ellas se asignan responsabilidades a la sociedad fiduciaria que se contratará en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Resolución 074 de 1996, que le correspondería ejercer al Ministro de Minas y Energía.

En efecto, teniendo en cuenta que el artículo 36 de la Resolución 074 obliga a la sociedad fiduciaria a establecer procedimientos de selección para contratar a las personas que realizarán el mantenimiento, reparación y reposición de los cilindros y, además, a analizar las propuestas presentadas, considera el accionante que tales actividades “...son un típico caso de ordenamiento, dirección, escogencia de oferentes y realización de licitación en un tercero, lo cual no es permitido por el art. 11 ord 1 ni 12 de la ley 80 de 1993”. Para el demandante, no puede desconcentrarse la función de realizar los procesos de selección de contratistas en la fiduciaria que administra los recursos del margen de seguridad, pues tal entidad no cumple con las calidades exigidas en las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para que ello resulte viable.

4.10. Cargo décimo. Violación del inciso 1º del artículo 267 de la Constitución Política

El demandante considera violado el siguiente aparte de la norma constitucional mencionada:

“Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o

¹⁶ Señala la norma cuya violación se alega: “Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.”

bienes de la Nación".

Al respecto, teniendo en cuenta que el artículo 30 de la Resolución 074 de 1996, modificado por el artículo 2º de la Resolución 096 de 1996, ordena la entrega de los recursos provenientes del margen de seguridad que hayan sido recibidos por los fondos de mantenimiento, reparación y reposición de cilindros y tanques a la fiduciaria, previa verificación y sustentación de la Contraloría General de la República, y que, tal como ha sido considerado por el actor, esos recursos no son fondos públicos, se advertiría una clara violación del precepto constitucional al asignarle la mencionada función al ente de control respecto de fondos o bienes que no son de la Nación.

5. Actuación Procesal

La demanda presentada el dieciséis (16) de junio de 1999¹⁷, fue admitida por auto del dos (2) de septiembre 1999¹⁸, en el que, adicionalmente, se negó la solicitud de suspensión provisional del artículo 36, incisos 2º y 3º de la Resolución 074 de 1996, aportada inicialmente con la demanda¹⁹ y, posteriormente, modificada mediante escrito del veintitrés (23) de junio de 1999²⁰.

Sobre este último particular, observó la Sala que no se configuraba la manifiesta violación por parte de los actos acusados de las disposiciones de la ley 80 de 1993 que se alegan como infringidas, por cuanto no aparece, en principio, que las regulaciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sean aplicables.

La decisión fue mantenida posteriormente en el proveído del veintinueve (29) de junio de 2000, el cual confirmó la decisión anterior al considerar que no se presentaba la manifiesta contradicción exigida por la ley para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional²¹.

El actor en documento del dos (2) de junio de 2000²², presentó aclaración de la demanda, particularmente en relación con el acápite denominado "Normas violadas y concepto de su violación", con el fin de "...ordenar algunos conceptos desarrollados en el referido capítulo, e incorporar un nuevo cargo", la cual fue admitida en auto del veinticinco (25) de septiembre de 2000²³.

6. Contestación de la demanda

En el presente trámite fueron presentadas dos contestaciones a la demanda, ambas del doce (12) de diciembre de 2000²⁴, por parte de apoderados del Ministerio de Minas y Energía. Tal como se precisará en la parte considerativa de la presente providencia y se resolverá en el apartado correspondiente, sólo será considerada la contestación presentada por la doctora Nohora Palomo García, a quien se le reconocerá la personería respectiva para que represente los intereses de la Nación en la presente actuación y, por lo tanto, sólo el documento de

¹⁷ Folio 111 del cuaderno No.1.

¹⁸ Folios 119 al 128 del cuaderno No.1.

¹⁹ Folios 1 al 3.

²⁰ Folios 112 al 116 del cuaderno No. 1.

²¹ Folios 170 al 174 del cuaderno No. 1.

²² Folios 140 a 169 del cuaderno No. 1.

²³ Folio 177 del cuaderno No. 1.

²⁴ Folios. 185-218 y 220-231 del cuaderno No. 1.

contestación presentado por la mencionada profesional, será considerado para efectos de trabar la *litis* respectiva.

Dentro del término de fijación en lista la Nación – Ministerio de Minas y Energía, a través de apoderado contestó la demanda y manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la misma, y aceptó, negó y precisó algunos de los hechos narrados en la demanda.

Frente a los conceptos de violación de las normas demandadas, se pronunció, tal como sigue:

6.1. Al cargo primero: “Violación del artículo 365 inciso segundo y 367 de la Constitución Nacional”

Señaló la apoderada de la demandada que la CREG expidió las normas acusadas con sujeción a la Ley 142 de 1994, particularmente por la habilitación contenida en su artículo 74.1, conforme con el cual la Comisión tiene la facultad de regular las actividades del sector de gas combustible. Señaló igualmente que fue la propia Ley 142 de 1994 la que estableció las actividades de reposición y mantenimiento de los cilindros y tanques estacionarios, pues conforme el artículo 87.4, *ejúsdem*, los costos de las mismas deben estar incluidos en las fórmulas tarifarias que establezca la CREG para la remuneración del respectivo servicio.

Concluye que el cargo debe desestimarse.

6.2. Al cargo segundo: “Violación del artículo 67 de la Ley 142 de 1994”

Advierte la demandada que las normas acusadas no le impusieron una nueva función al Ministerio de Minas y Energía, pues el contrato de fiducia cuya celebración se le ordena corresponde a aquellos establecidos en el artículo 39.4 de la Ley 142 de 1994, específicamente para “regular el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable”.

Precisa, además, que en su consideración, el artículo 29 de la Resolución 074 de 1996 (modificado por los artículos 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997) no dispone en cabeza del Ministerio de Minas y Energía propiamente la administración de los recursos del margen de seguridad, ni las actividades de reposición y mantenimiento, sino la celebración de un contrato de fiducia.

Concluye que el cargo debe desestimarse.

6.3. Al cargo tercero: Violación del artículo 28 de la Ley 142 de 1994

En relación con este cargo, se afirma por la demandada que el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 no es aplicable al servicio de GLP, tal como lo afirma el actor, pues el mismo se presta a través de cilindros o tanques estacionarios. Al respecto, precisa, que la mencionada norma hace referencia a las “redes locales”, las cuales se definen en el artículo 14.17 *ejúsdem*, como “...el conjunto de redes o tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad en el cual se derivan las acometidas de los inmuebles. La construcción de estas redes se regirá por el Decreto 951 de 1989, siempre y cuando éste no contradiga lo definido en esta Ley”.

6.4. Al cargo cuarto: Violación del artículo 68 de la Ley 142 de 1994 y del

decreto 2253 de 1994

Reitera que la función otorgada al Ministerio de Minas y Energía ya se encontraba prevista en la Ley 142 de 1994, como quiera que el artículo 39 de tal cuerpo normativo le permitía la celebración de los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos.

Señala la apoderada que "...el sistema regulado en las normas de la resolución CREG-074/96, para administrar la realización y pago de las actividades de reposición y mantenimiento de los cilindros y tanques estacionarios de GLP, con el fin de garantizar una mejor calidad y seguridad a los usuarios, se encuentra dentro de las facultades otorgadas por la Ley 142/94, especialmente en los Artículos 74.1, literal a) y 87.4".

Concluye, entonces, en la improcedencia del cargo y en que la demandada se sujetó a las competencias que le fueron asignadas.

6.5. Al cargo quinto: Violación del artículo 2º, ordinal 6º, del decreto 27 de 1995 y del artículo 39 de la ley 142 de 1994

Reitera la demandada que el contrato de fiducia cuya celebración se instruye por virtud de las normas demandadas es de aquellos previstos en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 y, por lo tanto, no comporta una función nueva para el Ministerio de Minas y Energía, motivo por el cual el cargo formulado no estaría llamado a prosperar.

6.6. Al cargo sexto. Violación del artículo 150 ordinal 7 de la Constitución Nacional

Sobre el particular reitera lo indicado respecto del cargo anterior y, por lo tanto, considera que el cargo debe desestimarse.

6.7. Al cargo séptimo: Violación del artículo 211 de la Constitución Nacional y del decreto 2119 de 1992, artículo 8º tercer inciso

Al respecto advierte que el Ministerio al contar con la función de celebrar un contrato como el establecido en las normas demandadas y, por lo tanto, estar tal competencia prevista dentro de su estructura orgánica, era plenamente válida la delegación de la función en una de las entidades descentralizadas, por lo cual resulta improcedente el cargo.

6.8. Al cargo octavo: Violación del artículo 32 ordinal 5, incisos 3º y 6º de la Ley 80 de 1993

Al reiterar la habilitación legal para celebrar los contratos de que trata el artículo 39 de la Ley 142 de 1994 y que, las normas demandadas, acuden a tal tipo de negocios (art. 39.4) con la finalidad de administrar, realizar y pagar las actividades de reposición y mantenimiento de los bienes compartidos para la prestación del servicio de GLP, advierte la demandada que el mencionado artículo 39 dispone que los contratos allí consagrados se regirán por el derecho privado.

En relación con los asuntos presupuestales mencionados en el cargo, señala la accionada que los recursos provenientes del margen de seguridad no hacen parte del presupuesto nacional y que la función que le corresponde al Ministerio

en virtud de las normas demandadas es la de celebrar el contrato y no propiamente la de administrar los recursos.

6.9. Al cargo noveno: Violación de los artículos 11.1 y 12 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 7º del decreto 679 de 1994

Indica la accionada que al estar demostrado que el contrato de fiducia a celebrar por el Ministerio se rige por el derecho privado, las previsiones que se alegan como vulneradas no resultan aplicables y, por lo tanto, las convocatorias públicas de que trata el artículo 36 de la Resolución 074 de 1996 podrían realizarse sin estar sujetas a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por las razones que expone, considera que el cargo debe ser desestimado.

6.10. Al cargo décimo. Violación del inciso 1º del artículo 267 de la Constitución Política

Luego de transcribir la norma acusada, la accionada advierte que en la misma se dispone que la intervención de la Contraloría General de la República está prevista sólo para el evento en que, de acuerdo con las funciones atribuidas a esa entidad, ello resulte procedente. Por tales razones considera inocuo el cargo.

7. Los alegatos de conclusión

Dentro del término concedido se realizaron las intervenciones que en seguida se sintetizan. La del Ministerio Público ocurrió de manera extemporánea²⁵.

7.1. Parte demandada

En escrito del 29 de agosto de 2001²⁶ la demandada presentó sus alegatos conclusivos, reiterando en su mayor parte lo expuesto en la contestación de la demanda. Conviene, sin embargo, hacer una síntesis de algunos de los argumentos nuevamente expuestos.

La demandada reitera que en los términos del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, el Ministerio de Minas y Energía se encuentra habilitado para celebrar el contrato de fiducia de que trata el artículo 29 de la Resolución 074 de 1996 (modificado por los artículos 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997) y, por lo mismo, tal disposición no está imponiéndole una nueva función. Adicionalmente, indica que el mencionado artículo 39 no es taxativo y, por lo tanto, el Ministerio está en la capacidad de celebrar los contratos allí incluidos, así como otros que busquen la gestión de servicios públicos de acuerdo con la ley.

Previene que con lo dispuesto en las normas demandadas lo que se pretende es la celebración de un contrato especial en el que se regule el acceso compartido o de interconexión de bienes indispensables para la prestación de servicios públicos, mediante el pago de remuneración o peaje razonable, lo cual se justifica en la medida en que existe una imposibilidad material para que cada uno de los usuarios celebre contratos entre sí y con todas las empresas para regular el acceso compartido a los cilindros y tanques que son utilizados en el proceso de distribución. Por tal razón, es el Ministerio quien celebra el negocio, con sujeción a los términos de la Ley 142 de 1994.

²⁵ Folio 405 del cuaderno No. 1.

²⁶ Folios 297 al 319 de cuaderno No. 1.

Concluye que los cargos formulados por la demandante son infundados, razón por la cual solicita denegar las pretensiones de la demanda.

7.2. Parte demandante²⁷

Reiteró los argumentos que soportaron los cargos formulados, refiriéndose a la extralimitación de funciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG al expedir los actos demandados, pues adoptó políticas no comprendidas dentro del marco regulatorio de la Ley 142 de 1994. Se refirió a la asignación de competencias al Ministerio de Minas y Energía ajenas a las normas que establecieron su estructura orgánica y a la imposibilidad de delegar funciones que no sean competencia del organismo delegante, entre otros aspectos que ya habían sido objeto de amplia argumentación en la demanda presentada.

II.- CONSIDERACIONES

Para efectos de exponer las razones que sustentan la decisión, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) Asuntos preliminares, 2) competencia y el ejercicio oportuno de la acción, 3) problema jurídico, y 4) el caso concreto.

1. Asuntos preliminares

1.1. Representación judicial de la demandada

Tal como quedó indicado en precedencia, no obstante ser una única entidad la demandada, esto es, el Ministerio de Minas y Energía, fueron presentadas dos contestaciones a la demanda, ambas del doce (12) de diciembre de 2000²⁸, así como dos alegatos de conclusión del 28 y del 29 de agosto de 2001²⁹.

Sobre el particular corresponde a la Sala determinar si resulta viable reconocer personería jurídica para actuar en el proceso a los dos aparentes apoderados de la misma entidad y, en consecuencia, determinar si sus intervenciones tienen o no la relevancia procesal por ellos buscada.

Delanteramente, tal como se dejó indicado, la acción formulada tiene como sujeto pasivo al Ministerio de Minas y Energía por la expedición de los actos administrativos indicados previamente, los cuales tuvieron origen, unos en la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG, y otros en el Ministerio mencionado. El sujeto pasivo, en este evento, tal como se dejó definido en auto admisorio de la demanda del dos (2) de septiembre de 1999³⁰ es el Ministerio de Minas y Energía.

En efecto, sobre el particular conviene recordar que la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG es una unidad administrativa especial, sin personería jurídica, y con independencia administrativa, técnica y patrimonial (L.142/94, art. 69. L.489/98 arts. 38 y 48). Sobre la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación, ya ha señalado la Sala³¹:

“El Legislador en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 150-7

²⁷ Folios 321 al 337 del cuaderno No. 1.

²⁸ Folios. 185-218 y 220-231 del cuaderno No. 1.

²⁹ Folios 286-296 y 297-319 del cuaderno No. 1.

³⁰ Folio 127 del cuaderno No. 1.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia de 9 de septiembre de 2009, rad. 11001-03-26-000-2000-01922-01(19224).

constitucional, que lo faculta jurídicamente para determinar la estructura de la Administración Nacional, mediante la creación, supresión o fusión de entidades, creó las Comisiones de Regulación como Unidades Administrativas Especiales con funciones específicas consistentes en regular la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así lo establece el artículo 69 de la Ley 142 de 1994.

“(…)

“De conformidad con lo establecido en el citado artículo 38 de la ley 489 de 1998, las unidades administrativas especiales pueden tener personería jurídica o carecer de ella según que pertenezcan al nivel central o al descentralizado por servicios. Así, las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios (...), hacen parte de las unidades administrativas especiales del primer grupo, es decir, las del nivel central, sin personería jurídica, adscritas a sus respectivos ministerios.

“Por su parte el artículo 67 de la misma Ley 489 de 1998 en cuanto a la organización y funcionamiento de las Unidades Administrativas Especiales, establece que éstos son ‘organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo’.

“Y el artículo 48 de la Ley 489 citada, en relación con las comisiones de regulación dispuso: ‘Las comisiones que cree la ley para la regulación de los servicios públicos domiciliarios, mediante la asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación’.

“Como se observa, las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios, en virtud de lo establecido por la ley, son Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, que detentan ciertas características particulares a saber: i) Se encuentran sometidas a las reglas que les impongan sus normas de creación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998); ii) Gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial aún sin tener personería jurídica (artículo 69 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 48 de la Ley 489 de 1998) y iii) Ejercen su función de regulación a través de las competencias que les asigne el legislador o el Presidente de la República a través de la figura de la delegación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998)”.

De acuerdo con lo anterior, la inexistencia de personalidad jurídica propia de las Comisiones de Regulación y, en particular, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible – CREG, obliga a que su comparecencia en el proceso deba realizarse en representación de la Nación. Por lo tanto, en los términos de los artículos 149 y 151 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1º de 1984)³², corresponde, entonces, al Ministro de Minas y Energía,

³² Decreto 1 de 1984, artículo 149, modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998: “Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan.

mediante poder que otorgue para el efecto, representar a la Nación, que para el presente evento se concreta en la Cartera Ministerial respectiva y en la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG como Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Minas y Energía³³.

Tal como se anunció preliminarmente, en el presente proceso se evidencia la actuación, por una parte, de la doctora Nohora Palomo García, quien para demostrar su calidad de apoderada judicial, acompañó la contestación de la demanda³⁴ con el poder otorgado por el entonces Ministro de Minas y Energía y por la Directora Ejecutiva de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG³⁵, por medio del cual se le faculta para que "...en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas, conteste, tramite y lleve hasta su terminación el proceso de Acción de Nulidad número 16722...". Por otra parte, el doctor Justo Enrique Fonseca Rodríguez, presentó contestación a la demanda formulada³⁶, acompañándola del poder que le fuera otorgado por la doctora Mónica Hilarión Madariaga, entonces Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Minas y Energía, y facultada para el efecto mediante la Resolución número 3 1800 del 28 de septiembre de 1993³⁷, conforme con la cual dicho funcionario podía "...representar o conferir poderes a los profesionales del derecho, para que representen al Ministerio...".

Pues bien, por lo anotado, advierte esta Sala que la legitimación por el aspecto pasivo de la acción que dio curso al presente trámite se encuentra de manera exclusiva en el Ministerio de Minas y Energía, y que la representación del mismo se encuentra en cabeza del Ministro del ramo quien, además, actúa en representación de los intereses de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG quien, como quedó visto, carece de personalidad jurídica.

Por otra parte se advierte, que no fue intención del sujeto pasivo de esta acción otorgar poder para actuar de manera conjunta en varios profesionales del derecho, pues ello no se advierte de los actos de apoderamiento que reposan en el expediente procesal y que, aún en el evento en que tal apoderamiento conjunto pudiera evidenciarse, no sería procedente tener en consideración las contestaciones a la demanda presentadas y los alegatos de conclusión respectivos, pues siendo uno sólo el centro de imputación normativo el que goza de legitimación pasiva en este trámite, esto es, el Ministerio de Minas y Energía, mal podrían reconocerse legitimidad a actuaciones simultáneas, pues ello, además de generar dificultades prácticas insalvables al juzgador para determinar con claridad la razonabilidad, coherencia e integralidad de la línea argumentativa de la defensa, contraviene expresamente lo dispuesto en el artículo 66 del Código

"En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, director de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho."

³³ Código de Procedimiento Civil, artículo 64: "Apoderados de las entidades de derecho público. La Nación y demás entidades de derecho público podrán constituir apoderados especiales para los procesos en que sean parte, siempre que sus representantes administrativos lo consideren conveniente por razón de distancia, importancia del negocio u otras circunstancias análogas.

"Constituirán apoderado especial, el representante de la entidad que no sea abogado, salvo el caso del personero municipal, y aquél que deba representar a otra entidad con interés opuesto.

"Los gobernadores, intendentes y comisarios, aunque sean abogados inscritos, deberán actuar por medio de apoderado, si el proceso se adelanta fuera de su sede."

³⁴ Folios 185-218 del cuaderno No. 1.

³⁵ Folio 219 del cuaderno No. 1.

³⁶ Folios. 220-231 del cuaderno No. 1.

³⁷ Folio 233 del cuaderno No. 1.

de Procedimiento Civil, conforme con el cual "...[e]n ningún proceso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona".

Claro como está, que no se trató de un acto de apoderamiento conjunto, concluye la Sala que en el presente evento el señor Ministro de Minas y Energía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 211 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 12 de la Ley 489 de 1998³⁸ reasumió, para este caso particular, la competencia delegada en la oficina asesora jurídica del Ministerio mediante la resolución 8 1900 de 1993 y confirió poder a la doctora Nohora Palomo García para que representara los intereses de la Nación en la presente actuación y, en consecuencia, dejó sin efecto, para este evento, la delegación conferida al jefe de la oficina asesora jurídica, quien actuó, entonces, sin la suficiente capacidad de representación al momento de otorgar el poder respectivo.

Por contera, tal como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, sólo se reconocerá personería para actuar en el presente proceso a la doctora Nohora Palomo García.

1.2. Derogatoria de las disposiciones demandadas

Advierte la Sala que en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 689 de 2001³⁹ –norma promulgada con posterioridad a la demanda generatriz del presente trámite–, fue expedida la resolución 010 del 28 de febrero de 2002, “por la cual se adopta el esquema de administración y recaudo del Margen de Seguridad para el servicio de Gas Licuado de Petróleo (GLP), de acuerdo con lo establecido por la Ley 689 de 2001”. Encuentra la Sala, además, que las disposiciones contenidas en la última de las normas indicadas implican una derogatoria de aquellas objeto de la acción de nulidad, pues el esquema de

³⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 211: “La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

“La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

“La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.”.

Por su parte el Ley 489 de 1998, artículo 12, dispone: “Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

“La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

“PAR.—En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal”.

³⁹ Ley 689 de 2001, artículo 23: “Artículo 23. Margen de seguridad. Por razones de seguridad dentro del precio de venta del GLP la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) incluirá un rubro denominado "Margen de Seguridad", con destino exclusivo al mantenimiento y reposición de los cilindros y tanques estacionarios utilizados en la comercialización del GLP. El recaudo y administración de dicho rubro será reglamentado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley y será reajustado anualmente de acuerdo con el IPC. En cualquier caso, la CREG deberá otorgar participación a los distribuidores de GLP en la reglamentación que se expida. En dicha reglamentación se buscará en forma concertada un mecanismo que permita que los distribuidores tengan participación en el recaudo y administración de los recursos, estableciendo todos los controles necesarios.

“La reposición y mantenimiento de los cilindros serán realizados de acuerdo con la regulación que al efecto expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, para garantizar el buen estado de los cilindros en el tiempo y la seguridad para el usuario.”

administración de los recursos del margen de seguridad varió de conformidad con la nueva realidad jurídica impuesta por la Ley 689 de 2001.

No obstante lo anterior, la Sala también advierte que la desaparición de la vida jurídica de las resoluciones atacadas no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia, lo cual se ajusta a la finalidad del medio de control previsto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que, con el mismo, se pretende garantizar la incolumidad de la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, tal como ya lo ha sostenido la Sala, la circunstancia de que un acto demandado haya sido modificado, derogado o subrogado por otro, ocasiona la cesación de sus efectos hacia el futuro, en tanto que, como el análisis de la legalidad del acto administrativo comprende la evaluación de sus requisitos esenciales a efecto de definir si nació o no válido a la vida jurídica, su nulidad produce efectos invalidantes desde su nacimiento⁴⁰.

2. Competencia y ejercicio oportuno de la acción⁴¹

Revisados los cargos formulados por el actor, se advierte, preliminarmente, que algunos de ellos se dirigen a demostrar la transgresión por las normas demandadas de los artículos 150.7, 211, 267, 365, inciso 2º y 367 de la Constitución Política, motivo por el cual debe definirse si el análisis de los mismos, encaminados a demostrar la nulidad por inconstitucionalidad de actos expedidos por una Comisión de Regulación, pueden ser conocidos y decididos por esta Sala o deben agotar tal trámite ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁴².

El marco normativo⁴³ que permite definir el asunto planteado se encuentra guiado por lo previsto en el artículo 237.2 de la Constitución Política, conforme con el cual corresponde del Consejo de Estado “[c]onocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. A su vez, los artículos 37.9 y 49 de la Ley estatutaria 270 de 1996, asignan a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. El artículo 97.7 de Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, además de

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007. Expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴¹ A la fecha en que se profiere la sentencia se encuentra en vigencia la Ley 1437 de 2011 –*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*–, sin embargo, por expresa disposición de la norma, éste no es aplicable al proceso de la referencia. En efecto, el artículo 308 del mencionado cuerpo normativo establece:

“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” (Se destaca).

⁴² El asunto se encuentra actualmente regulado por los artículos 107 inc. 4º, 111.5, 135 y 184 de la Ley 1437 de 2011, normas aplicables al presente trámite, tal como se indicó *ut supra*. (nota al pie 41).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Expediente 20691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Ver, también, Sección Primera, sentencia del 6 de agosto de 2004, Expediente 1001-03-15-000-2001-0110-01(AI), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

reiterar la competencia aludida de la Sala Plena, estableció el procedimiento específico que cursaría la acción interpuesta, advirtiendo que los actos acusados de inconstitucionalidad a cargo de la mencionada corporación no podrán ser de aquellos que obedezcan a una función propiamente administrativa.

La competencia indicada en cabeza de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se concentra, entonces, en la verificación de la existencia de un acto de contenido general (i), expedido por el Gobierno Nacional (ii), cuya competencia no esté asignada a la Corte Constitucional (iii), y que no obedezca al desarrollo de una función propiamente administrativa (iv).

Considerando lo anterior, descendiendo al caso particular, basta con evidenciar que en el presente evento los actos atacados no corresponden a aquellos expedidos por el Gobierno Nacional, para aclarar la competencia de esta Sala para conocer del asunto.

En efecto, considerando, por una parte, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 115 de la Constitución Política “[...] el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos” y que “[...] el Presidente y el ministro o director de departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen Gobierno”, y, por otra, que las resoluciones atacadas fueron expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG⁴⁴ y por el Ministro de Minas y Energía, sin la participación o el concurso del Presidente de la República, es evidente que no se trata, en el caso *sub judice*, de un acto expedido por el Gobierno Nacional, lo cual resulta suficiente para descartar la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para conocer de la presente acción.

Por lo anterior, esta Sala resulta competente para conocer de la presente demanda por cuanto se cuestiona la legalidad y constitucionalidad de actos administrativos de carácter general, proferidos por autoridad del orden nacional y referidos, en parte, a asuntos de naturaleza contractual.

De otra parte, en relación con la oportunidad de la demanda, baste indicar que el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984⁴⁵-, señala que la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

3. Problema jurídico

Del análisis los hechos en que se soporta la acción, cargos formulados y las demás consideraciones que acompañaron el escrito introductorio del presente trámite, esta Sala encuentra que el problema jurídico principal objeto de debate radica en determinar si la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG, de acuerdo con el régimen jurídico que le es propio, gozaba de la competencia legal suficiente para expedir la Resolución 074 de 1996 y, particularmente, disponer la administración de los recursos originados en el margen de seguridad en cabeza del Ministerio de Minas y Energía.

⁴⁴ Tal como se dejó dicho en precedencia, la Comisión de Regulación de Energía y Gas es una unidad administrativa especial, perteneciente al nivel central de la administración pública. Dada su naturaleza y el régimen jurídico que regula su funcionamiento (L.142/94 y L.489/98), en ningún caso podría asimilarse a un Ministerio o a un Departamento Administrativo.

⁴⁵ *Ut supra*, nota al pie No. 27.

Para efectos de dilucidar el problema jurídico planteado y teniendo en cuenta que se despacharán como favorables los cargos cuarto y sexto formulados por el accionante, referidos ambos a la extralimitación de las funciones por parte de la Comisión Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG, en lo que sigue se realizará una revisión del *sistema constitucional y legal de intervención del Estado en materia de servicios públicos* a la luz de la Carta Política 1991 **(3.1.)**, para luego entrar a verificar, en concreto, algunos de los *instrumentos de la intervención estatal en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en particular la “regulación”* **(3.2.)**. Finalmente, descendiendo al *caso en concreto* **(4)**, se revisará la regulación proferida, concluyendo en su desajuste respecto de los mecanismos de intervención antes precisados.

3.1. Sistema constitucional y legal de intervención en la prestación de servicios públicos

A partir de los años noventa y como resultado de la importante penetración de las ideas neoliberales prevalentes desde la década anterior, el Estado ha acudido, de manera habitual y progresiva, al concurso del sector privado para garantizar la satisfacción de los intereses sociales, procurando por una eficaz, eficiente, oportuna y transparente gestión pública⁴⁶.

En esta tarea, la nueva gestión pública ha redimensionado el papel del Estado no sólo en la economía sino en la forma en que se satisfacen los intereses del conglomerado. En este propósito, con la Constitución Política de 1991 los servicios públicos ya no son considerados como una función del Estado, pero sí inherentes a la finalidad social del mismo (art. 365), con lo cual se abrieron nuevos espectros de acción tanto para el Estado como para los particulares, generándose disímiles y novedosos instrumentos jurídicos y estructuras administrativas que permiten superar las dificultades propias de los anquilosados aparatos estatales que durante gran parte del siglo XX se despreocuparon por la eficiencia de la gestión y de la prestación de los servicios a su cargo, a cambio de robustecer un sistema burocrático que hoy se advierte innecesario, siguiendo doctrinas keynesianas que, de a poco, están siendo objeto de revisión y sustitución por políticas públicas capaces de enfrentar la nueva recomposición de las estructuras económicas, sociales y culturales.

El renovado interés de los particulares para participar en la prestación de los servicios públicos, apoyado por legislaciones más flexibles y conscientes de la importancia del soporte del sector privado en el quehacer público, ha procurado la formación tanto de modelos de “privatización” del servicio público –extremo de la intervención privada en las actividades que eran consideradas exclusivas de Estado–, como alternativas de asociación o colaboración: En ambos extremos, sin embargo, prevalece la intervención estatal con el fin de garantizar la pervivencia del interés público y, por contera, la satisfacción de las necesidades que a él

⁴⁶ La Constitución Política de 1991 impuso nuevos imperativos para la gestión pública, de manera que la misma “...se desarrollará con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad...” (Artículo 209).

La Corte Constitucional, en sentencia C-449 de 1992 dijo: “En cuanto a la excelencia en la gestión, ella se logra mediante la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad en la actuación estatal, todo ello inscrito en una actitud de servicio a la comunidad por parte de los funcionarios. Ello está contenido en los artículos 209 y 123 de la Constitución como parámetro específico de la función administrativa, y en forma genérica en el artículo primero, en cuanto consagra la prevalencia del interés general, así como en el artículo segundo, en la medida en que establece que es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes.(...) la gestión -de la cual la contratación es una de sus formas-, en un Estado social de derecho debe inspirarse en los principios de legalidad, de independencia y colaboración armónica, y en criterios de excelencia”.

subyacen, a través de procesos de regulación, control y vigilancia.

Sobre este particular ya ha tenido oportunidad esta Sala de pronunciarse⁴⁷:

“Las reformas legales del año 1994, en desarrollo del modelo económico constitucional previsto en el capítulo V del Título XII de la Carta de 1991⁴⁸, comportaron la sustitución del viejo esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia -que, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la escuela realista de Burdeos liderada por el profesor DUGUIT, asimilaba la noción de servicio público a la de función pública⁴⁹ y que había entrado en crisis- por un modelo de mercado en competencia que concentró en el Estado, en su condición de director general de la Economía, las atribuciones de regulación⁵⁰ y control. Se trata, pues, de un ‘cambio de modelo de Estado’⁵¹...”.

En igual dirección, la Sala señaló⁵²:

“De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo ‘neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final’⁵³.”

“En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de función pública. Y no la reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materias son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que ‘regirán el ejercicio de las funciones públicas’ de aquellas que se ocupan de la ‘prestación de los servicios públicos’.”

En relación la regulación propiamente dicha, se advierte que el constituyente privilegió en esta materia los procesos discursivos, pluralistas, democráticos e

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de febrero de 2005, Expediente (Ap-01470)-01, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁸ Cfr. Chahín Lizcano, Guillermo. Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos, Bogotá, EEB, 1998, Pág. 33: “...se trata de un régimen de libertad empresa (sic) pero dentro de los límites del bien común, sujeta esta actividad a la dirección general y a la intervención del Estado con miras al logro de los fines del Estado social de Derecho”.

⁴⁹ Según el profesor Julio Prat: “El servicio público... como pieza maestra del derecho administrativo francés servirá como criterio para que todos los actos ya tomados en sí mismo o en sus consecuencias, de un servicio público, se regulen por el derecho público, al igual que todo acto concurrente a permitir, de una u otra manera, la ejecución de un servicio público caiga en el dominio del derecho administrativo” (PRAT, Julio A. Los servicios públicos en V.V.A.A. El derecho administrativo en Latinoamérica, Tomo II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, Pág. 236 y ss.).

⁵⁰ La Corte Constitucional en Sentencia C 1162 de 2000, providencia con alcance de cosa juzgada absoluta, dejó en claro que la regulación se expide con sujeción a la ley, tal y como lo ordena el artículo 370 Constitucional y, por lo tanto, los actos de las Comisiones de Regulación no son expresión de “legislación secundaria” y por lo mismo no pueden “llenar los vacíos de la ley” ni “completar su contenido”.

⁵¹ Vid. Del carácter singular del Derecho de la competencia en servicios públicos domiciliarios en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica Tomo IV, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, Pág. 125. La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C 037 de 2003 adoptó este criterio.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, Expediente 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵³ “Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?” en Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial No. 18.

incluyentes, pues defirió al Congreso de la República la estructuración del régimen jurídico relativo a la intervención en la economía y a los servicios públicos. En efecto, corresponde a la mencionada Corporación establecer el marco normativo que guiará la actividad del Gobierno Nacional en los procesos de inspección y vigilancia (art. 150.8 C.N.), la intervención del Estado en la economía (art. 150.21 C.N.) y la regulación de las funciones públicas en la prestación de los servicios públicos (art. 150.23 C.N.).

Sobre este particular, esta Corporación señaló⁵⁴:

“Como se puede ver, el conjunto de normas glosadas establece en forma reiterativa que el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios debe ser definido por el legislador, correspondiendo al ejecutivo el ejercicio de las funciones de control, inspección y vigilancia, el señalamiento de las políticas del sector y la regulación de los servicios, de acuerdo con las competencias y responsabilidades que determine la ley, todo lo cual ha de entenderse sin perjuicio de la potestad reglamentaria que el ordinal 11 del artículo 189 de la Carta confiere al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa.

“La reserva de ley en estos ámbitos, como expresión del principio democrático, busca garantizar que el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos domiciliarios, sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público y participativo, teniendo en cuenta su incuestionable trascendencia en la vida nacional”.

A su vez, en los términos del artículo 365 de la Carta, tal como se señaló previamente, los servicios públicos son una actividad inherente a la finalidad del Estado, que le impone el deber de asegurar su prestación eficiente. Esta misma disposición, en concordancia con el artículo 150.23 *ejúsdem*, le asigna al legislador la función de señalar su régimen jurídico, y previene la posibilidad de que los servicios públicos puedan ser prestados directamente por el Estado o por particulares, sin que aquel se desprenda de sus facultades de regulación, control y vigilancia.

El artículo 367 de la Constitución, reitera que es privativo del Congreso la regulación de los servicios públicos, y precisa que en la ley en la que fije el régimen correspondiente deberá señalar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, así como el régimen tarifario. Finalmente, el artículo 370 constitucional asigna al Presidente de la República la potestad de fijar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y de ejercer, por conducto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

En ejercicio de la función legislativa encargada por la Constitución, fue expedida la Ley 142 de 1994 que establece el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios y en su desarrollo regula las materias precisamente indicadas en el artículo 367 superior.

En punto de la regulación legal de la intervención del Estado en la prestación de

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 30 de abril de 2009. Expediente 11001-03-24-000-2004-00123-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

los servicios públicos, a más de los métodos ordinarios de regulación, control y vigilancia que se advierten transversales en todo el cuerpo normativo, se incluyen diversos instrumentos, entre ellos, la promoción y apoyo a personas que presten los servicios públicos, la gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios, la organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica, la protección de recursos naturales, el otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos, el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos y el respeto al principio de neutralidad (L.142/94, art. 3º).

En último término, nuestro sistema normativo en cuanto guarda relación con la prestación de servicios públicos, si bien garantiza la apertura de los mercados, impulsa la participación privada en la gestión de los mismos e, incluso, se despoja de sus prerrogativas para competir con los particulares, no deja de lado su posición de garante dentro del sistema, en tanto que, como lo advirtió la propia Carta Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social que marca el derrotero del Estado.

3.2. Instrumentos de la intervención estatal en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en particular la “regulación”. Reiteración jurisprudencial.

En extenso se ha ocupado la jurisprudencia nacional⁵⁵ del fenómeno de la “regulación” como instrumento de intervención en la prestación de los servicios públicos, al punto que actualmente el contenido y alcance de la figura ha logrado un contorno preciso gracias a una jurisprudencia uniforme y pacífica, motivo por el cual será reiterada la posición adoptada por esta Corporación sobre la materia⁵⁶.

Con fundamento en lo previsto por el artículo 211 superior, la Ley 142 de 1994 en su artículo 68⁵⁷ dispuso que las facultades otorgadas por el artículo 370 de la Constitución al Presidente de la República, en materia de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, podrían ser ejecutadas por las Comisiones de Regulación cuya creación

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencias C-272 del 6 de junio de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1162 del 6 de septiembre de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-150 del 25 de febrero de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-263 del 8 de mayo de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 13 de marzo de 1997. Expediente 3760, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; Sentencia del 17 de marzo de 2000. Expediente 5920, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Sección Cuarta, Sentencia del 5 de mayo de 2000. Expediente 9783, C.P. Germán Ayala Mantilla. Sección Primera, Sentencia del 14 de agosto de 2002. Expediente 11001-03-24-000-2000-6637-01(6637), C.P. Olga Ines Navarrete Barrero; Sentencia del 6 de marzo de 2003. Expediente 11001-03-24-000-2001-0066-01(6869), C.P. Camilo Arciniegas Andrade; Sentencia del 6 de agosto de 2004. Expediente 11001-03-15-000-2001-0110-01(AI), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia del 9 de junio de 2005. Expediente 11001-03-24-000-2003-00209-01, C.P. Maria Claudia Rojas Lasso. Sección Tercera, Sentencia del 7 de marzo de 2007. Expediente 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia del 2 de mayo de 2007. Expediente 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sección Primera, Sentencia del 30 de abril de 2009. Expediente 11001-03-24-000-2004-00123-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Expediente 20691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia del 29 de marzo de 2012. Expediente 25693, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sección Primera, Sentencia del 15 de noviembre de 2012. Expediente 11001-03-24-000-2002-00194-01, C.P. Maria Claudia Rojas Lasso.

⁵⁷ Ley 142 de 1994, 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.”

ordenaba.

Adicionalmente, el párrafo del artículo 69 de la Ley de servicios públicos domiciliarios otorgó a las Comisiones de Regulación, la facultad de regular el servicio público respectivo; el artículo 73 señaló las funciones y facultades generales en relación con la regulación de los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad y, el artículo 74 estableció las funciones especiales de cada una de las Comisiones de Regulación que fueron creadas por la ley en comento⁵⁸.

Producto de la mencionada delegación, tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso administrativa, ha entrado a examinar el entendimiento que desde el punto de vista positivo y negativo debe dársele a lo previsto por el legislador.

En efecto, desde el punto de vista positivo se ha advertido que las competencias que le son delegadas a las Comisiones de Regulación se circunscriben, precisamente, a lo establecido en el artículo 370 de la Carta Política, esto es, la definición de “políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”⁵⁹, las cuales han sido entendidas como el desarrollo, con arreglo a la ley, a los reglamentos y a las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado.

“(...) cuando las normas precitadas hacen referencia a la función de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, únicamente están haciendo mención, en términos generales, a la facultad de definir y adoptar las directrices, orientaciones, criterios y lineamientos que se estimen necesarios para encauzar el curso futuro de las actividades de quienes se ocupan de la prestación del servicio, en pos de la consecución de unos resultados específicos, que se traducen en la ampliación de las coberturas, en el mejoramiento de la eficiencia y la calidad de los mismos y en la correlativa satisfacción de las necesidades de la comunidad en materia de suministro de agua y saneamiento básico”⁶⁰.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Expediente 20691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁵⁹ Tal vez el único pronunciamiento disidente en cuanto a la viabilidad de la delegación es el contenido en el fallo de esta Sección del 25 de septiembre de 1997, Expediente 11857, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, en el que se consideró inconstitucional lo previsto en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994. Esta circunstancia, sin embargo, fue resuelta por la Corte Constitucional en el fallo C-272 de 1998, a partir del cual, tanto la jurisprudencia constitucional como la contencioso administrativa, han sido pacíficas sobre la materia. En efecto, en la mencionada decisión se advirtió que tales funciones eran delegable pues las mismas “...no comprometen el fuero presidencial ni la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario”.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 30 de abril de 2009. Expediente 11001-03-24-000-2004-00123-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. La Corte Constitucional en sentencia C – 150 de 2003 de 25 de febrero de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa entendió que la “(...) regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de

La jurisprudencia en cita advirtió, también, que la regulación objeto de delegación, además de tener una acepción ligada a la producción normativa, está más estrechamente relacionada con un concepto encaminado a optimizar la prestación eficiente de los servicios públicos y garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad. En efecto, entiende la Sala que las competencias regulatorias asignadas a las Comisiones de Regulación buscan, más allá de otorgar facultades de producción normativa, garantizar una intervención dinámica dentro del mercado que evite prácticas indeseables atentatorias de los intereses de los prestadores y de los consumidores y, en últimas, de las finalidades sociales del Estado.

Desde el punto de vista negativo, se ha entendido con claridad que las competencias asignadas a las Comisiones de Regulación de ninguna manera abarcan aquellas propias del Gobierno Nacional, como su potestad reglamentaria, ni mucho menos las del legislativo en cuanto a la formulación de las normas básicas del sistema de prestación de servicios públicos domiciliarios.

Esta Sala en reciente pronunciamiento señaló sobre ese particular:

“Desde este panorama normativo resulta claro que corresponde exclusivamente al legislador definir el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios y al ejecutivo fijar las políticas del sector y expedir la regulación de dichos servicios con sometimiento a la ley, como también, ejercer funciones de control, inspección y vigilancia sobre los mismos”.

“(…)

“Desde otra perspectiva, en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos expedidos en ejercicio de la función regulatoria, la jurisprudencia de la Sala ha hecho claridad en cuanto que ésta no consiste en ‘completar la ley’, o ‘formar una proposición jurídica completa con la ley’ ni suplir los vacíos de la ley, puesto que según el marco constitucional y legal la función regulatoria debe ejercerse con sujeción a la ley y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, por no tener rango legislativo. Igualmente, señaló que en consonancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la función reguladora es una atribución administrativa asignada por la Constitución Política al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley. Así, las decisiones emanadas en ejercicio de las funciones regulatorias son actos administrativos susceptibles de control jurisdiccional por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

“(…)

“La jurisprudencia de la Sala⁶¹ ha sido enfática en establecer la diferencia existente entre estas dos clases de funciones atribuidas al Presidente de la República, pronunciamiento que hoy reitera y a continuación se transcribe:

“La Sala considera que no pueden confundirse de ninguna manera estas dos funciones constitucionales atribuidas al Presidente de la República, las cuales se ejercen de manera coetánea frente a los servicios públicos

regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades”.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 20409

domiciliarios, coexisten, no se superponen ni interfieren entre sí ni se excluyen; por una parte, el Presidente, directamente, reglamenta la ley de servicios públicos, es decir, expide los decretos necesarios para hacerla ejecutable, para darles contenido a las figuras creadas por la ley, para implementar los mecanismos que permitan su aplicación a casos concretos.

“Por otra parte, también el Presidente, directamente o a través de las comisiones de regulación, cuando decida delegar esta función –como de hecho lo hizo, mediante la expedición del Decreto 1524 de 1994 - , tiene la potestad de fijar las políticas que deben regir en materia de servicios públicos, en cuanto a la administración de los mismos y el control de su eficiencia, cumpliendo para ello, con las funciones específicas establecidas en la ley de servicios públicos - 142 de 1994 - , la cual, en el inciso 2º de su artículo 68, establece que las normas en ella contenidas que se refieran a las comisiones de regulación, se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función constitucional a él asignada en el artículo 370 de la Constitución Política, porque en caso contrario, será dicho funcionario quien ejerza las funciones que se atribuyen en la ley a las comisiones.

“La función de regulación a cargo de las comisiones creadas por la ley, se contrae entonces, al ejercicio de las específicas competencias que ésta les otorga en su articulado, y es distinta de la competencia de reglamentación de la ley que le corresponde ejercer al Presidente de la República de manera exclusiva; se trata entonces, de dos órbitas de acción que deben ejercerse de manera independiente pero coordinada, en la medida en que las dos se hallan sometidas a las mismas disposiciones constitucionales y legales que rigen en materia de servicios públicos domiciliarios, evitando invadir cada una, el ámbito de decisión que no les corresponde.

“Así mismo, es necesario tener claro que, el hecho de que el Presidente de la República haya decidido delegar su función de trazar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios en las comisiones de regulación, no significa en manera alguna, ni explícita ni implícitamente, la delegación de su función general de reglamentar la ley; por lo tanto, las comisiones en sus actuaciones, deben evitar inmiscuirse o invadir este radio de competencia del Primer Mandatario, limitándose a ejercer, concretamente, las funciones que de manera expresa les atribuyó la ley de servicios públicos; en el evento en que para ello se encuentren frente a vacíos normativos que dificulten el cumplimiento de las mismas, deberán propender porque los mismos sean solucionados, por parte de la autoridad competente para ello.

“Precisamente por lo anterior, es por lo que la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios contempla en el artículo 73, entre las funciones de las comisiones de regulación, la de “Preparar proyectos de ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los decretos reglamentarios que se necesiten” (numeral 73.1)”⁶².

Sobre este particular señaló la Corte Constitucional⁶³:

“Tampoco resultan ajustadas a la Constitución otras interpretaciones

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de noviembre de 2009. Expediente 20691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000 del 6 de septiembre de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

doctrinarias que han venido haciendo carrera en nuestro medio, consistentes en que las resoluciones de las comisiones de regulación ‘en forma conjunta con la ley forman una proposición jurídica’, y que a diferencia de los decretos reglamentarios pueden ‘llenar los vacíos legislativos dejados por el legislador’, en la medida en que son actos de creación de Derecho.

“Este tipo de interpretaciones es abiertamente opuesto a la Constitución, ya que ellas otorgan a los actos de las comisiones -que la Corte estima subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios- un alcance normativo general de alta jerarquía y le confieren la atribución inconstitucional de ‘crear Derecho’ en forma compartida con el legislador ordinario, o la de desplazarlo, e incluso la de formulación de normas ‘como atribución constitucional propia’. Se ha llegado al extremo de definir las disposiciones reguladoras como una ‘legislación secundaria’, y ello bajo la desacertada importación de modelos foráneos que no encajan dentro de nuestro sistema jurídico, y que han sido acogidos sin tener en cuenta las muy diversas bases fácticas y jurídicas que han moldeado los diferentes sistemas. También se ha dicho erróneamente que, en virtud de la delegación, las comisiones podrían llegar a derogar leyes y aún a dictar normas ‘de aplicación preferente frente a ellas’, todo lo cual desnaturaliza el concepto mismo de delegación de funciones administrativas, pues excede los límites de ellas, y rompe la estructura de separación funcional prevista en la Constitución (arts. 113 y 150 C.P.).

“A juicio de la Corte, estas interpretaciones se apartan de los preceptos constitucionales, pues de ninguna forma se puede admitir que órganos administrativos asuman extraordinariamente una función legislativa, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Carta contempla en cabeza del Presidente de la República. Aceptar aquella posibilidad afectaría gravemente el principio democrático.

“(…)

“En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación(…)”

Lo dicho en precedencia, permite afirmar, además, que en ejercicio de la función reguladora, las Comisiones de Regulación no se encuentran habilitadas para usurpar ninguna de las funciones adscritas al Congreso de la República, de suerte que no podrían llenar vacíos legales relacionados con la prestación del servicio en punto de la definición del régimen legal respectivo pues ello supondría asumir las funciones de que trata el artículo 150.23 superior; tampoco podría adoptar decisiones que implicaran la modificación de la estructura de la administración nacional, como sería el caso de la variación de la estructura orgánica de alguna de las entidades indicadas en el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución⁶⁴.

En efecto, resulta menester precisar que la delegación de las competencias

⁶⁴ Constitución Política, artículo 150.7: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...). 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica...”.

reguladoras no puede comportar la asunción de funciones privativas de la ley como lo es la modificación del marco competencial de entidades del orden nacional del nivel central, ni siquiera de aquellas involucradas en la prestación del servicio público, pues ello desquiciaría el sistema jerárquico del ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional y superaría, en mucho, el claro mandato del artículo 68 de la Ley 142 de 1994 en punto de la delegación de las funciones asignadas al Presidente de la República por virtud del artículo 370 de la Constitución Política.

En síntesis, para esta Corporación las facultades reguladoras previstas en el artículo 370 de la Constitución Política asignadas al Presidente de la República y cuya delegación es factible realizar en las Comisiones de Regulación en los términos del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, son un instrumento de intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, que deben someterse a la ley y a los reglamentos, que en ningún caso gozan de la virtualidad suficiente para invadir la órbita competencial del Congreso de la República o del Gobierno Nacional, y que debe desarrollarse con el objeto de optimizar la prestación eficiente de los servicios públicos y garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad.

4. Caso concreto

Tal como se anunció en precedencia, la Sala acogerá los cargos cuarto y sexto de la demanda, relativos a la extralimitación de funciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG en la expedición de las normas atacadas, por lo cual, no entrará en el análisis de los demás cargos formulados.

Para efectos de lo anterior, se hará una breve referencia a las normas aplicables al asunto objeto de análisis, luego se pasará a analizar las consideraciones que sobre los mencionados cargos realizó la demandada y sopesará lo indicado en los numerales 3.1 y 3.2. *ut supra*, en relación con el caso concreto. Finalmente, señalará las condiciones de la declaratoria de nulidad.

En desarrollo de lo previsto en el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República creó mediante el artículo 69 de la Ley 142 de 1994 la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG. En la misma norma reguló su organización y naturaleza, y en cuanto a sus funciones y facultades generales, en el artículo 73 *ejúsdem*, estableció:

“Artículo 73. Funciones y facultades generales.

“Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales:

“73.1. Preparar proyectos de ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los decretos reglamentarios que se necesiten.

“73.2. Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de

actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

"a) Competir deslealmente con las de servicios públicos;

"b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;

"c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen.

"73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

"73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

"73.5. Definir en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalación y operación de equipos de las empresas de servicios públicos se someta a normas técnicas oficiales, para promover la competencia o evitar perjuicios a terceros, y pedirle al ministerio respectivo que las elabore, cuando encuentre que son necesarias.

"73.6. Establecer la cuantía y condiciones de las garantías de seriedad que deben prestar quienes deseen celebrar contratos de aporte reembolsable.

"73.7. Decidir los recursos que se interpongan contra sus actos, o los de otras entidades, en los casos que disponga la ley en lo que se refiere a materias de su competencia

"73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.

"73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.

"73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia.

"73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.

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

“73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que si la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

“73.14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.

“73.15. Ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere esta Ley.

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

“73.17. Dictar los estatutos de la comisión y su propio reglamento, y someterlos a aprobación del Gobierno Nacional.

“73.18. Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta Ley.

“73.19. Resolver consultas sobre el régimen de incompatibilidades e inhabilidades al que se refiere esta Ley.

“73.20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas.

“73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

“73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley.

“73.23. Definir cuáles son, dentro de las tarifas existentes al entrar en vigencia esta Ley, los factores que se están aplicando para dar subsidios a los usuarios de los estratos inferiores, con el propósito de que esos mismos factores se destinen a financiar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, y cumplir así lo dispuesto en el numeral 87.3 De esta Ley.

“73.24. Absolver consultas sobre las materias de su competencia.

“73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público.

“73.26. Todas las demás que le asigne la ley y las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica.

“Salvo cuando esta Ley diga lo contrario en forma explícita, no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos; ni el envío rutinario de información. Pero las comisiones, tendrán facultad selectiva de pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación. Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente Ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información.

En particular, en virtud de lo dispuesto en el artículo 74.1 *ibídem*, se establecieron las funciones especiales de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG, así:

“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.

“b) Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;

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

“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.

“e) Definir las metodologías y regular las tarifas por los servicios de despacho

y coordinación prestados por los centros regionales y por el centro nacional de despacho.

Ahora bien, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, fue expedido el Decreto 2253 de 1994, por el cual se delegan en la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG "las funciones presidenciales a las que se refiere el artículo 68, y las disposiciones concordantes de la Ley 142 de 1994, (...) para que las ejerza en la forma prevista en esta Ley, en relación con los servicios públicos respectivos".

Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67 de la Ley 142 de 1994, le compete al Ministerio de Minas y Energía:

"67.1. Señalar los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que utilicen las empresas de servicios públicos del sector, cuando la comisión respectiva haya resuelto por vía general que ese señalamiento es realmente necesario para garantizar la calidad del servicio, y que no implica restricción indebida a la competencia.

"67.2. Elaborar máximo cada cinco años un plan de expansión de la cobertura del servicio público que debe tutelar el ministerio, en el que se determinen las inversiones públicas que deben realizarse, y las privadas que deben estimularse.

"67.3. Identificar fuentes de financiamiento para el servicio público respectivo, y colaborar en las negociaciones del caso; y procurar que las empresas del sector puedan competir en forma adecuada por esos recursos.

"67.4. Identificar el monto de los subsidios que debería dar la Nación para el respectivo servicio público, y los criterios con los cuales deberían asignarse; y hacer las propuestas del caso durante la preparación del presupuesto de la Nación.

"67.5. Recoger información sobre las nuevas tecnologías, y sistemas de administración en el sector, y divulgarla entre las empresas de servicios públicos, directamente o en colaboración con otras entidades públicas o privadas.

"67.6. Impulsar bajo la dirección del Presidente de la República, y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, las negociaciones internacionales relacionadas con el servicio público pertinente; y participar en las conferencias internacionales que sobre el mismo sector se realicen.

"67.7. Desarrollar y mantener un sistema adecuado de información sectorial, para el uso de las autoridades y del público en general.

"67.8. Las demás que les asigne la ley, siempre y cuando no contradigan el contenido especial de esta Ley.

"Los ministerios podrán desarrollar las funciones a las que se refiere éste artículo, con excepción de las que constan en el numeral 67.6., a través de sus unidades administrativas especiales.

"Parágrafo. La Unidad Administrativa Especial de Planeación Minero

Energética del Ministerio de Minas y Energía, tendrá el mismo régimen jurídico de las comisiones de regulación de que trata esta Ley y continuará ejerciendo las funciones que le han sido asignadas legalmente”.

Adicionalmente, para el momento de la expedición de las resoluciones objeto de la acción que origina el presente trámite, las funciones generales del Ministerio de Minas y Energía se encontraban reguladas por los decretos 2119 de 1993 y 27 de 1995.

En relación con lo anterior, advierte esta Sala, tal como lo señaló el accionante en el libelo introductorio del debate procesal, que no existe norma legal ni reglamentaria que disponga en cabeza del Ministerio de Minas y Energía la competencia para la administración de recursos originados en la prestación del servicio público domiciliario de gas.

Sobre el particular, afirmó la demandada que la competencia para estos efectos radicaba en la habilitación legal con la que contaba el Ministerio de Minas y Energía para celebrar los contratos especiales regulados en el Título II, Capítulo II, de la Ley 142 de 1994 y que, en cualquier caso, las normas demandadas en realidad no imponían en el Ministerio la función de administración de recursos.

Al respecto, encuentra esta Sala que el artículo 1º de la Resolución 074 de 1996 (modificado por los artículos 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997) estableció expresamente que “[l]os recursos provenientes del margen para seguridad establecido en la estructura vigente de precios de GLP fijada por la CREG, **serán administrados por el Ministerio de Minas y Energía...**” (se resalta), lo cual resulta coherente si se tiene en cuenta, además, que dicha cartera ministerial debía fungir como fideicomitente en el contrato que la misma disposiciones le imponía celebrar.

Se advierte de lo anterior, entonces, que en los términos del artículo 50 de la Ley 489 de 1998⁶⁵, la norma antes mencionada comportó una variación dentro de la estructura orgánica de la entidad al asignarle una función que no estaba prevista dentro de sus normas fundantes, lo cual supone una abierta violación del orden constitucional, pues, tal como se dejó visto previamente, esta es una competencia reservada para el legislador.

Ahora bien, podría pensarse, sin embargo, que la función a la que se hace referencia se encontraba dentro del sistema de prestación de servicio público domiciliario de gas combustible y que, por lo tanto, podría ser reasignada en una de las entidades que participaban dentro del mismo. Ante tal hipótesis, la consecuencia normativa sería idéntica a la atrás indicada pues, en tal evento, la competencia sería privativa del Gobierno Nacional, en virtud de lo previsto en el numeral 17 del artículo 189 de la Constitución Política. En tal circunstancia, entonces, estaríamos ante una transgresión del orden constitucional por extralimitación de funciones de la Comisión de Regulación al invadir la órbita competencial del Gobierno Nacional que, tal como se dejó dicho, no se entiende delegada dentro de las facultades de regulación de que trata el artículo 370

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 31 de julio de 2003, Expedientes 11001-03-24-000-2000-6327-01 y 11001-03-24-000-2001-0161-01(6327 y 7064), C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola, señala: “...en lo concerniente al concepto de estructura ha dejado sentado [esta Corporación] que de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, los aspectos contemplados como componentes de la estructura orgánica de una entidad son “su naturaleza jurídica, su adscripción, la organización, funciones y competencias generales y de sus respectivos órganos y dependencias, así como los regímenes presupuestal, financiero y jurídico”.

superior.

Advertida ilegalidad en la que incurrió el artículo 1º de la Resolución 074 de 1996 (modificado por los artículos 1º de las resoluciones 096 de 1996 y 146 de 1997), debe señalarse que esta Sala procederá a declarar, también, la nulidad de las demás disposiciones incluidas en las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que existe un hilo conductor entre todas ellas, pues con las mismas se estableció un sistema de administración de unos recursos que implicaba –tenía como eje central– imponerle una función al Ministerio de Minas y Energía, por manera que se evidencia una comunicabilidad o transmisibilidad de la irregularidad que determina la nulidad de las demás disposiciones.

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

FALLA

PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad de los artículos 29, 30, 31 inciso 2º en la parte que expresa “Los grandes comercializadores entregarán mensualmente a la entidad fiduciaria, dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente al de la causación, el valor recaudado por concepto de dicho margen...”, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 45 inciso 2º en la parte que expresa “Los fabricantes o importadores de cilindros y tanque estacionarios, deberán informar semestralmente a la fiducia...” de la Resolución 074 del 10 de septiembre de 1996; 1º y 2º de la Resolución 096 de 29 de octubre de 1996; 1º de la Resolución 146 de 29 de agosto de 1997, expedidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible; 1º, 2º, y 3º de la Resolución 8 2637 de septiembre 26 de 1997; y 1º de la Resolución 8 0091 de 26 de enero de 1998 expedidos el Ministerio de Minas y Energía.

SEGUNDO.- RECONÓZCASE personería a la doctora Palomo García en los términos del poder obrante en el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ