



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 015 DE 2006

(14 MAR. 2006)

Por la cual se resuelve un recurso de Reposición presentado por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. en contra de la Resolución CREG 117 de 2005

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

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

I. ANTECEDENTES.

Que de acuerdo con lo establecido en el Artículo 14.28 de la Ley 142 de 1994, la actividad de transporte de gas natural es una actividad complementaria del servicio público domiciliario de gas combustible;

Que según lo dispuesto por el Artículo 28 de la Ley 142 de 1994, la construcción y operación de redes para el transporte de gas, así como el señalamiento de las tarifas por uso, se regirán exclusivamente por esta Ley;

Que el Artículo 73.11 de la Ley 142 de 1994, atribuyó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la competencia para establecer las fórmulas para la fijación de las tarifas del servicio público domiciliario de gas combustible;

Que según lo dispuesto por el Artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas;

Que conforme a lo establecido en el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994, vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, éstas continuarán rigiendo mientras la Comisión no fije las nuevas;

Que mediante Resolución CREG-001 de 2000 se adoptó la metodología y criterios generales para determinar la remuneración del servicio de transporte y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte;

Por la cual se resuelve un recurso de Reposición presentado por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. en contra de la Resolución CREG 117 de 2005

Que mediante Resolución CREG-085 de 2000, se modificaron y aclararon algunas disposiciones contenidas en la Resolución CREG-001 de 2000, y se establecieron los procedimientos para la distribución de ingresos en Sistemas de Transporte de propiedad múltiple;

Que mediante Resolución CREG-007 de 2001, se modificaron las tasas de Costo de Capital Invertido establecidas en la Resolución CREG-001 de 2000 y se estableció un procedimiento para su determinación;

Que mediante Resolución CREG-008 de 2001, la Comisión de Regulación de Energía y Gas aprobó los criterios para clasificar los gasoductos en Sistema Troncal y Sistema Regional de Transporte;

Que mediante comunicación con radicación CREG E-2003-004534 del 6 de mayo de 2003, la empresa TRANSOCCIDENTE S.A. ESP presentó solicitud de cargos regulados para su sistema de transporte;

Que mediante Resolución CREG 035 de 2004, se fijaron los cargos regulados para el Sistema de Transporte de TRANSOCCIDENTE S.A. ESP;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas efectuó los cálculos de los Cargos que se aprobaron mediante la Resolución CREG-035 de 2004, aplicando la metodología establecida en las Resoluciones CREG-001 de 2000; CREG-085 de 2000; CREG-007 de 2001 y CREG-008 de 2001, con la información reportada por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. para tal fin, cuyos resultados están contenidos en el Documento CREG-024 de 2004;

Que TRANSOCCIDENTE S.A. ESP., a través de su representante legal, mediante comunicación con radicación interna CREG E-2004-003833 del 7 de Mayo de 2004, y dentro de los términos legales, presentó recurso de reposición contra la Resolución CREG-035 de 2004, con las siguientes pretensiones:

“Se revoque en su integridad la Resolución CREG 035 de 2004, y se expida una nueva tarifa considerando las solicitudes aquí expresadas y de manera particular las siguientes:

- a) Que se reconozca los valores solicitados por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP o en su defecto, que se aplique los criterios establecidos en los literales a) y b) del artículo 3.2.1. de la Resolución CREG 001 de 2000, en lo referente a inversiones existentes.*
- b) Que se reconozca dentro del Programa de Nuevas Inversiones, aquellas necesarias que se determinan en el Anexo respectivo, necesarios para mantener la calidad del servicio de distribución.*
- c) Que se reconozca los valores que por AOM solicitó la empresa.”*

Que mediante Resolución CREG 71 de 2004, se resolvió el Recurso de Reposición interpuesto por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP, contra la Resolución CREG-035 de 2004.

Por la cual se resuelve un recurso de Reposición presentado por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. en contra de la Resolución CREG 117 de 2005

Que mediante comunicación con radicación CREG E-2005-5005 de 5 de julio de 2005, TRANSOCCIDENTE solicitó la revisión de la tarifa contenida en la Resolución CREG 71 de 2004, la cual se resolvió mediante la Resolución CREG 117 de 2005;

Que mediante comunicación con Radicación E-2006-573 del 26 de enero de 2006, la empresa interpone un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 117 de 2005.

II. PRETENSIONES DEL RECURSO.

La empresa solicita que la CREG revoque la decisión contenida en la Resolución CREG 117 de 2005 y en su lugar se proceda a revisar la tarifa en los términos pedidos en la solicitud de revisión y decidir si la Resolución en comento presenta errores para lo cual se debe decretar las pruebas solicitadas.

III. MOTIVACIÓN DEL RECURSO

Que la empresa motiva el recurso, en resumen, de la siguiente manera:

1. Que no es cierto que entre la solicitud de revisión tarifaria resuelta mediante la Resolución CREG 117 de 2005 y el recurso de Reposición definido por la Resolución CREG 71 de 2005, hay identidad de peticionaria, de objeto y de causa petendi por cuanto *"i) el objeto del recurso era la petición de una revocatoria de lo decidido por la CREG en el Acto Administrativo 035; en cambio, la solicitud de Revisión pretende solventar un ERROR GRAVE que ha incurrido la CREG para señalar una tarifa. ii) la causa petendi no es la misma, pues necesariamente la que soporta la pretensión de la solicitud de Revisión Tarifaria ha sido adicionada con los errores graves en que ha incurrido la CREG al decidir el recurso interpuesto contra la Resolución 035"*.
2. Indica el agente que se debe considerar el entendimiento que la doctrina otorga a las figuras de cosa juzgada formal y material y lo ordenado por el Artículo 333 del C.P.C.
3. Se señala que existen motivos determinantes para concluir que estamos frente a la cosa juzgada formal, en atención a que existe una *"providencia que decidió un recurso acerca de lo decidido por la CREG en la Resolución CREG 035"*.
4. Según se arguye el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994, concede un medio extraordinario para incoar en cualquier tiempo una revisión de tarifa cuando sea evidente que se cometieron graves errores de cálculo.
5. Que el anterior constituye un mecanismo adicional para que se corrijan los graves yerros contenidos en la actuación con el objeto de que desaparezca *"la contumacia que le asiste a los funcionarios que se han obstinado en su errado parecer"*. Se manifiesta que hasta tanto no se hagan rigurosos estudios sobre el particular no es posible predicarse que estamos ante la Cosa Juzgada Material.

Por la cual se resuelve un recurso de Reposición presentado por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. en contra de la Resolución CREG 117 de 2005

6. Que el Artículo 333 del CPC precisa que no hace tránsito a cosa juzgada las sentencias que *"decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización de la ley"*.
7. De igual manera explica el agente que si por disposición del legislador siempre estará latente la probabilidad de arborizar y plantear un grave error en la fórmula tarifaria, no podrá predicarse que los actos administrativos que los deciden o los recursos que se impetraron en su contra podrán revestirse con la figura de la cosa juzgada.
8. Para la empresa no le es dable a la CREG *"derogar, per sé, el mandato contenido en el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994, suprimiendo el trámite en el previsto cuando objetivamente lo considera innecesario."*
9. Que es una falacia la argumentación de la CREG dirigida a concluir que la revisión de tarifas procede *"para revisar los posibles errores de cálculo, siempre y cuando esos hechos no hayan sido objeto de una decisión previa"*.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CREG PARA RESOLVER EL RECURSO DE REPOSICIÓN.

La empresa motiva su solicitud de recurso básicamente con dos líneas de argumentación. El primero se relaciona con el alcance y la procedencia de la cosa juzgada administrativa y el segundo con los principios que rigen las actuaciones administrativas. Para efectos de pronunciarnos sobre la motivación empresarial, procedemos, en el orden planteado, a despachar tales argumentos.

1. La Cosa Juzgada Administrativa.

Señala la empresa que en el caso que nos ocupa, no se presentan los elementos que configuran una cosa juzgada administrativa, por cuanto el recurso instaurado en contra de la Resolución CREG 035 de 2005 pretendía una revocación, y que la revisión tarifaria buscaba solventar un error. Conviene entonces que se analice este punto.

1.2. Alcance del requisito de identidad de objeto.

Sea esta la oportunidad para reiterar lo señalado en la Resolución CREG 071 de 2005, en el sentido que los elementos que conllevan a determinar la existencia de una cosa juzgada administrativa no se configuran por un simple análisis aislado de la pretensión incoada. Por el contrario, la cosa juzgada administrativa se origina cuando simultáneamente se presentan sus elementos clásicos¹. Ahora bien, pareciera que la idea empresarial es que se analicen por aparte los tres elementos y en particular la identidad de objeto: acogiendo este ejercicio, no es procedente que se argumente que este elemento (identidad de objeto) no se configura por cuanto en un proceso inicial se pide una revocación y en el siguiente se solventa un error. Y no es procedente porque el uso

¹ eadem rem, eadem causa petendi y eadem causa conductio personarum

Por la cual se resuelve un recurso de Reposición presentado por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. en contra de la Resolución CREG 117 de 2005

diferente de las palabras en la materialización de la pretensión, contiene una diferencia meramente formal. Para explicar esto es necesario entender que lo que determina la identidad es que el objeto solicitado se pueda resolver con los medios administrativos en cuestión, esto es, el recurso de reposición y la revisión tarifaria.

Surge entonces la pregunta de: ¿Cómo hace la administración para solventar un error tarifario cuando se ha demostrado su existencia?. La respuesta es clara: modificando la Resolución que contiene el yerro tarifario. Y la forma para arreglar el error es revocando la resolución pertinente y emitiendo una nueva. Así las cosas, la identidad en el objeto no se vislumbra por las palabras que se usan en la solicitud, sino por la identidad en los efectos que se pretenden con los dos procedimientos analizados.

Debe quedar claro que la esencia del procedimiento dispuesto en el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994, para el caso que nos ocupa, es detectar y corregir errores tarifarios, y la vía para hacerlo es revocando y emitiendo nuevas decisiones. Este constituye el fondo del Artículo, el cual no cambia porque un agente pretenda darle una connotación diferente a partir de un juego de palabras. Argumentar que no hay identidad en el objeto porque en el procedimiento inicial se solicita "revocar" y en el siguiente se solicita "solventar", sería tanto como concluir que en la práctica la cosa juzgada opera cuando la identidad proviene de un uso exacto en léxico, y no por fondo del asunto.

También explica la empresa que no hay identidad en la causa petendi, por cuanto la revisión tarifaria ha sido adicionada con los errores graves en que ha incurrido la CREG al decidir el recurso interpuesto contra resolución CREG 035 de 2005. Para la CREG no es claro este argumento, hasta la fecha, tanto en el recurso como en la solicitud de revisión tarifaria, se ha manifestado que para la empresa el presunto error se genera en que no se han reconocido los valores solicitados en inversión y AOM y que no se han aceptado dentro del programa de nuevas inversiones algunas que son necesarias según el agente. Luego no se entiende a qué adición se refiere TRANSOCCIDENTE. Entendemos que para la empresa el error se origina en el diseño de la tarifa de transporte, hasta el momento ese ha sido el centro de discusión, luego reiterar una línea de argumentación igual en otro procedimiento puede entenderse como una adición, pero de lo mismo, y tal como se ha explicado, ese es precisamente uno de los elementos que configuran la identidad de objeto: pedir que se considere nuevamente una solicitud ya decidida.

1.2. La cosa administrativa formal y material.

Presenta la empresa en el recurso las variantes que puede adoptar la cosa juzgada en la vía judicial² y manifiesta que es posible argumentar que en el presente caso existe una cosa juzgada formal y entendemos que el argumento empresarial apunta a establecer que solo cuando se ha resuelto el procedimiento de revisión tarifaria (Artículo 126 de la Ley 142 de 1994) se consolida la cosa juzgada material. En ese sentido, como el procedimiento de

² formal y material

Por la cual se resuelve un recurso de Reposición presentado por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. en contra de la Resolución CREG 117 de 2005

revisión tarifaria no se ha resuelto de fondo, la cosa juzgada no se puede declarar.

Tal como lo indica el aparte doctrinal dispuesto en el recurso de reposición incoado, la cosa juzgada formal opera luego de que la sentencia queda ejecutoriada y que la misma hace tránsito a cosa juzgada material por la imposibilidad de interponer los recursos extraordinarios de revisión o anulación, o luego del vencimiento de términos para interponerlos, o por que los mismos se denegaron.

Los argumentos propuestos por la empresa para indicar que no es dable declarar la existencia de la cosa juzgada en la forma como hizo la Resolución CREG 117 de 2005, si se analizan de manera aislada pueden parecer razonables. Sin embargo, frente a ellos es necesario aclarar lo siguiente:

Para deslindar de manera precisa el tema es necesario entender que la figura a la cual acude la Resolución CREG 117 de 2005 para resolver la solicitud de revisión tarifaria es la cosa juzgada "administrativa" y no la judicial. Es decir, su aplicación se produce dentro de un procedimiento administrativo, y por lo tanto, los argumentos que motivaron su utilización son los propios del rito administrativo, el cual abarca no solo sus procedimientos sino también los propósitos de la función administrativa. En otras palabras, la controversia sobre si la figura estuvo bien o mal aplicada debe circunscribirse a esta función, pues si bien la cosa juzgada administrativa se nutre de elementos clásicos de la cosa juzgada judicial, entre las hay dos hay claras diferencias.

1.2.1. Diferencias entre la cosa juzgada administrativa y la judicial.

La cosa juzgada material, variante propia de la cosa juzgada judicial, supone la existencia de recursos extraordinarios frente a algunas sentencias. Luego, no es que toda sentencia sobre la cual pesa la cosa juzgada formal esté necesariamente predispuesta a que opere sobre ella un recurso extraordinario. Esta es una situación excepcional que la misma ley define en que casos opera.

Es indispensable entender que las decisiones que emiten la autoridades administrativas se presentan a través de actos administrativos los cuales, si bien contienen una decisión, no tienen una connotación judicial como para asumir que ellos son equiparables a una sentencia, y que por lo tanto, es dable analizar que los recursos que la ley ha dispuesto sobre los actos administrativos son similares a los dispuestos para un sentencia.

En ningún caso, el proceso administrativo de revisión tarifaria puede equipararse a un recurso extraordinario de revisión o de anulación. Primero porque la ley trata estos recursos y la revisión de manera diferente, con efectos distintos, con procedimientos que no son análogos y en disposiciones legales diferentes y porque los recursos extraordinarios son tramitados dentro del mismo proceso por funcionarios diferentes. Esta última diferencia puede parecer sutil incluso obvia, pero en la práctica marca una punto de análisis que es básico para entender las diferencias existentes entre la cosa juzgada judicial y la administrativa:

Por la cual se resuelve un recurso de Reposición presentado por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. en contra de la Resolución CREG 117 de 2005

Los recursos extraordinarios, en vía judicial, son resueltos por una instancia diferente a la que resolvió inicialmente, lo cual implica que para aquel es la primera vez que observa el caso, y por lo tanto, no está avocado a resolver nuevamente un proceso que ya consideró y decidió. En los procesos de revisión tarifaria es la misma autoridad que emitió el cargo regulado quien analiza los argumentos que según la empresa motivan un error. Y si ese presunto error ya fue presentado y decidido por la autoridad regulatoria en una instancia previa a la revisión, pues la decisión necesariamente debe ser la misma si los argumentos, el objeto y el solicitante son los mismos. Esa es precisamente la situación que la cosa juzgada administrativa trata de evitar: un desgaste de tiempo y recursos. Situación diferente se presenta en la vía judicial donde una instancia compuesta por personas diferentes al fallador inicial analizan nuevamente unos argumentos a la luz de sus propios criterios lo cual puede comportar una decisión diferente a la inicial.

Sin embargo, tal situación no es posible en vía administrativa y específicamente para el caso que nos ocupa, no solo por las razones antes esgrimidas, sino porque las disposiciones legales que rige la función administrativa aplicable para la prestación de servicios públicos domiciliarios no prevén la existencia de los recursos extraordinarios de revisión y anulación y porque este mismo cuerpo legal contempla que los procedimientos de revisión tarifaria serán resueltos por la única autoridad regulatoria existente.

No es ocioso que la doctrina y la misma jurisprudencia agreguen a la denominación de cosa juzgada el calificativo de "administrativa". Ello denota que su aplicación se dirige al campo de la función administrativa y su alcance debe entenderse con los principios y procedimientos necesarios para la expedición de los actos administrativos, los cuales en ningún caso, son sentencias. Resuelto esto, necesariamente debe entenderse que se excluye la existencia de recursos extraordinarios en la vía administrativa y de paso se concluye que no es oportuno, ni útil, adentrarnos en un análisis tendiente a determinar si una vez se declara la cosa juzgada administrativa esta es formal o material, pues si la figura se declara debe entenderse como simplemente "cosa juzgada administrativa" la cual no admite variante alguna.

1.2.2. Aplicación del Artículo 133 del Código de Procedimiento Civil-CPC.

Indica la empresa que abierta la posibilidad de que si bien puede existir cosa juzgada formal pero no material en el proceso de revisión tarifaria, compete a la CREG, analizar los presuntos errores y pronunciarse de fondo sobre ellos aplicando el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994. Como primera medida se le precisa a la empresa que lo que determina que una decisión sea de fondo no proviene por el número de veces que se analice la misma. Para que una decisión pueda catalogarse de fondo, necesariamente debe mediar un análisis juicioso sobre los argumentos esgrimidos y un sentido claro en la decisión adoptada, lo cual implica que no hay espacio para debatir nuevamente pues el agente conoce bien la suerte de su solicitud. Ese es precisamente el ejercicio que realizan las Resoluciones CREG 035 y 71 de 2004. Así, para determinar si hay una decisión de fondo la empresa no debe observar solo la Resolución CREG 117 de 2005, sino por el contrario, remitirse a las consideraciones de las Resoluciones CREG 035 y 71 de 2004, y preguntarse si estos actos



Por la cual se resuelve un recurso de Reposición presentado por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. en contra de la Resolución CREG 117 de 2005

administrativos resuelven de manera integral su petición. Si la respuesta es afirmativa, la decisión es de fondo y la empresa debe ajustarse a tal situación.

También es necesario que se entienda que una decisión de fondo no necesariamente es positiva, tal hecho, reiteramos proviene de otras consideraciones, ni que tampoco tal característica se logra cuando se realizan estudios a costa de la autoridad, pues la carga de motivar las peticiones compete al agente y si éste no logra quebrar la estructura considerativa de una Resolución se verá abocado a soportar los efectos de la decisión.

En relación con la aplicación del Artículo 333, Numeral 2, del Código de Procedimiento Civil-CPC, vale la pena precisar que dicho aparte apunta a indicar, tal como lo hace la empresa, que no es posible que se hable de la inmutabilidad de la decisión judicial cuando puede mediar un proceso posterior. Sin embargo, tal como antes se ha indicado, no es posible concluir que en materia de cosa juzgada administrativa se aplica en su totalidad el CPC, pues en la práctica, sus únicos elementos utilizables son aquellos que regulan los requisitos que permiten detectar si hay cosa juzgada³. Así las cosas, en materia administrativa, no opera la existencia de una cosa juzgada formal o material, pues el sentido restringido de la figura solo permite establecer que no es dable que un mismo funcionario revise la misma solicitud si ella ha sido resuelta de fondo.

2. Principios que rigen las actuaciones administrativas.

En ningún momento la CREG, ha desconocido el sentido normativo previsto en el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994 y en particular el derecho que le asiste a la empresa para interponer durante la vigencia de la tarifa solicitudes de revisión, lo que no se admite es que se considere que durante la vigencia de la tarifa se puede interponer varias veces el mismo argumento. El sentido natural y obvio de la disposición es que la empresa puede interponer tantas solicitudes considere, pero soportadas en hechos que no hayan sido considerados y decididos.

En el párrafo anterior se explica como la empresa puede hacer uso de su derecho de revisión en cualquier momento, pero soportado en hechos no sujetos de decisión, esto no puede entenderse, como lo afirma la empresa, como que la CREG en virtud de los principios que regulan las actuaciones administrativas, puede "derogar" el Artículo 126 de la ley, pues de ninguna manera con ello se elimina el efecto de la disposición, lo que debe entenderse, y de manera diáfana, es que todo derecho empresarial supone una responsabilidad en su interposición y que esa responsabilidad conlleva no tratar de buscar decisiones diferentes sobre situaciones similares, esto es lo menos que debe esperarse de los administrados, y con mayor razón, cuando nuestro ordenamiento jurídico deslinda de manera contundente los procedimientos, las competencias, las decisiones y la naturaleza de los funcionarios que actúan en la vía administrativa y en la vía judicial.

³ *identidad de persona peticionaria, identidad de objeto, e identidad de "causa petendi",*

Por la cual se resuelve un recurso de Reposición presentado por TRANSOCCIDENTE S.A. ESP. en contra de la Resolución CREG 117 de 2005

Por último no es claro a que se refiere la empresa cuando afirma que el recurso que resuelve la presente resolución es una *“oportunidad que le brinda al funcionario (sic) para que no exponga a la entidad que representa a cancelar futuros perjuicios por una errada interpretación y/o aplicación de la normatividad existente”*. Como primera medida se le recuerda a la empresa que las decisiones que por Resolución adopta la CREG provienen de un cuerpo colegiado que considera los razonamientos empresariales y según ese análisis se resuelve. Así, no entendemos a qué *“funcionario”* se refiere TRANSOCCIDENTE. De igual manera consideramos que la mejor manera de no exponer a la Comisión es emitiendo decisiones ajustadas a la ley y la regulación, asunto que parece no compartir la empresa, o al menos pareciera que no se entiende de esa manera. Pues para CREG, las decisiones que se adoptan se toman de manera objetiva, independiente de la empresa que sea la solicitante y sin reparar si la decisión es positiva o negativa, pues también pareciera que la empresa asume que cuando algo se niega se incurre en posibles exposiciones, asunto que no compartimos, pues nuestra función regulatoria es reglada, lo cual implica que la idea es aplicar la ley y la regulación en su sentido estricto, y el resultado que ello arroje constituye el mejor esfuerzo por aplicar nuestra misión regulatoria.

Que la Comisión, en sesión No. 285 del 14 de marzo de 2006, aprobó resolver el recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución CREG 117 de 2005 confirmando en todas sus partes la decisión.

RESUELVE:

Artículo 1. Confírmese en todas sus partes la Resolución CREG 117 de 2005.

Artículo 2. Notificar a TRANSOCCIDENTE S.A. E.S.P. el contenido de esta Resolución, y hacerle saber que contra lo dispuesto en este acto no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

Artículo 3. Esta Resolución rige desde la fecha de su expedición.

NOTIFÍQUESE, PUBLIQUESE Y CÚMPLASE,

14 MAR. 2006

Dada en Bogotá D.C., a los



MANUEL MAIGUASHCA OLANO
Viceministro de Minas y Energía
Delegado del Ministro de Minas y
Energía
Presidente



RICARDO RAMÍREZ CARRERO
Director Ejecutivo