



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 140 DE 2010

(01 OCT. 2010)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP
contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

CONSIDERANDO QUE:

1. ANTECEDENTES

Mediante las Resoluciones CREG 076 y CREG 077 del 1 de junio de 2010, publicadas en el Diario Oficial 47.758 del 2 de julio de 2010, la Comisión de Regulación de Energía y Gas decidió las solicitudes presentadas por la empresa Madigas Ingenieros S.A. ESP., en relación con la aprobación del Cargo Promedio de Distribución y el Cargo Máximo Base de Comercialización de gas natural distribuido por redes a usuarios regulados, para el mercado relevante conformado por los municipios de Ramiriquí, Jenesano, Ciénega y Tibaná en el departamento de Boyacá y para el mercado relevante conformado por los municipios de Ventaquemada, Turmequé y Nuevo Colón en el departamento de Boyacá, respectivamente.

El doctor Héctor Mauricio Cardona Uribe, obrando como Representante Legal de la Sociedad SIVA S.A. ESP., mediante escrito radicado en la CREG bajo el número E-2010-006137, recibida el 12 julio de 2010, interpuso dentro de los términos legales recurso de reposición contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

En el recurso en mención, la empresa SIVA S.A ESP solicitó lo siguiente:

[Firma manuscrita]

[Firma manuscrita]

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

"(...)

I. Pretensiones

1.- Se revoque en su totalidad la Resolución CREG 076 de 2010 "Por la cual se aprueba el cargo Promedio de Distribución por uso del sistema de Distribución de gas natural por red y el cargo máximo base de Comercialización de gas natural por redes a usuarios regulados, para el mercado relevante conformado por los municipios de Ramiriquí, Jenesano, Ciénega y Tibaná en el departamento de Boyacá." de conformidad con los fundamentos en que se soporta el recurso.

2.- Se revoque en su totalidad la Resolución CREG 077 de 2010 "Por la cual se aprueban el Cargo Promedio de Distribución por uso del Sistema de Distribución de gas natural por red y el Cargo Máximo Base de Comercialización de gas natural por redes a usuarios regulados, para el mercado relevante conformado por los municipios de Ventaquemada, Turmequé y Nuevo Colón en el departamento de Boyacá." de conformidad con los fundamentos en que se soporta el recurso."

De acuerdo con numeral 2° del artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos quedan en firme una vez se decidan los recursos interpuestos.

2. CONSIDERACIONES DE LA CREG

• De la procedencia del recurso

De conformidad con la documentación que reposa en el respectivo expediente tarifario se procedió a verificar los requisitos para la presentación del recurso de reposición y su oportunidad y se constató que el mismo fue presentado cumpliendo las exigencias contenidas en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo.

• De los argumentos del recurso

- a) La empresa SIVA S.A. ESP en su recurso presenta los siguientes fundamentos de hecho:

"(...)

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. La empresa Madigas S.A. E.S.P. mediante comunicaciones con radicados E-2008-010591 y E-2008-010691 del 27 de noviembre y 1 de diciembre de 2008 respectivamente, presentó solicitud de aprobación tarifaria para distribución de gas natural por redes para los municipios de Ramiriquí, Jenesano, Ciénega y Tibaná, en el Departamento de Boyacá; y para los municipios de Ventaquemada, Turmequé y Nuevo Colón, también en el departamento de Boyacá.
2. Las solicitudes tarifarias presentadas por Madigas S.A. E.S.P., incluyen las proyecciones de demanda, las proyecciones de gastos de AOM de distribución y el programa de Inversiones, para los municipios arriba señalados.
3. Los proyectos que respaldan la asignación tarifaria, se encuentran cofinanciados con recursos del Fondo Especial Cuota de Fomento en un 86,16% para el caso del mercado relevante definido en la resolución CREG 076 de 2010 y en un 67,67% para el mercado relevante definido en la resolución CREG 077 de 2010.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

3. (sic) Mediante Resolución CREG 076 de 2010 de fecha 1 de junio de 2010, se aprobó, el cargo promedio de Distribución por uso del Sistema de Distribución y el cargo base de comercialización, de gas natural por red para los municipios de Ramiriquí, Jenesano, Ciénaga y Tibaná, en el Departamento de Boyacá.
4. (sic) Mediante Resolución CREG 077 de 2010 de fecha 1 de junio de 2010, se aprobó, el cargo promedio de Distribución por uso del Sistema de Distribución y el cargo base de comercialización, de gas natural por red para los municipios de Ventaquemada, Turmequé y Nuevo Colón, en el Departamento de Boyacá.
5. (sic) SIVA S.A E.S.P., es una empresa distribuidora y comercializadora de GLP, que dentro del proceso de implementación del programa de marca, está realizando inversiones para dar cumplimiento con las metas asignadas del programa REPU establecido en las Resoluciones CREG 023, 045 y 101 de 2008, en los municipios de Ramiriquí, Jenesano, Ciénaga, Tibaná, Ventaquemada, Turmequé y Nuevo Colón en el departamento de Boyacá municipios en los cuales actualmente tiene ventas, razón por la cual, con la aprobación de las mencionadas Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010, se está viendo directamente afectada.
(...)"

b) La Empresa expresa los siguientes motivos de inconformidad:

"(...)

III. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Siva S.A E.S.P presta actualmente el servicio de gas domiciliario a las poblaciones de Ventaquemada, Turmequé, Ciénaga, Nuevo Colón, Tibaná, Jenesano y Ramiriquí en el departamento de Boyacá.

De acuerdo con la información registrada en la Superintendencia de Servicios Públicos a través del Sistema Único de Información (SUI), en estos municipios, se atiende a través del servicio público de GLP en cilindros a 7.159 familias¹, ubicadas tanto en la cabecera municipal, como en las áreas rurales.

Como expondremos a continuación, las resoluciones CREG 076 y 077 de 2010, aprueban tarifas de distribución y comercialización que afectan en condiciones de ineficiencia de inversiones, el equilibrio económico y la libre competencia.

1. Ineficiencia en inversiones:

Siva S.A E.S.P., en cumplimiento del plan de marca, y particularmente, de las resoluciones CREG 045 y 023 de 2008, tiene inversiones proyectadas para atender a las familias del caso urbano y del sector rural de los mercados relevantes definidos por las resoluciones CREG 076 y 077 de 2010, por valor de 597 millones de pesos. Es de resaltar que a la fecha, la compañía ha ejecutado en compra de cilindros y adecuación de plantas, inversiones por valor de \$6.526 millones de pesos tendientes a dar cumplimiento el régimen de marca señalado por la Ley y la regulación.

Las inversiones proyectadas, sólo para la atención de las cabeceras urbanas de este mercado, definidas en las resoluciones CREG 076 y 077 de 2008, ascienden en total a 8.851.250.742 Col\$ 2007 para un cubrimiento de 4278 usuarios; esto implica una inversión en pesos de 2009 de 2.205.636 \$ por usuario. Por su parte las inversiones de Siva S.A E.S.P para la prestación del servicio de gas domiciliario en cilindros y carotanes, dando cumplimiento al plan de marcación, para este número de usuarios, podrían ascender a 385 millones de pesos, (algo de no más de 90.000 \$ por usuario), representados por la inversión en el cilindro marcado y los gastos asociados a la

¹ SUI-Información comercial-Ventas Distribuidor Inversionista-2008 y 2009. Cálculo Siva S.A E.S.P

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

aplicación; esto con una inversión netamente privada, utilizando la capacidad instalada actual y sin solicitar subsidios con recursos públicos.

Aún, comparando las inversiones presentadas por Madigas S.A E.S.P en relación con el mismo servicio de gas domiciliario por redes, esta (SIC) inversiones son ineficientes. Se puede ver por ejemplo, en términos de inversión por usuario promedio, tomando la muestra de empresas definida en el Documento CREG 009 de 2004 y añadiendo la información provista por otras empresas en las solicitudes de cargos, desde la aplicación del DEA para evaluar eficiencia, que las inversiones por usuario presentadas por Madigas S.A E.S.P son la segunda y tercera mas ineficientes del país (...)"

Esta ineficiencia es capturada y acotada por el mecanismo de Unidades Constructivas y DEA en la solicitud de cargos (hay un reconocimiento de 61,75% de AOMs en la resolución CREG 076 y un 51,79% en la resolución CREG 077 de 2010), sin embargo se evidencia, que en general, los proyectos de gas por redes a esta escala son ineficientes respecto a otras alternativas del servicio de gas combustible.

2. Afectación del equilibrio económico que permite atender al sector rural

De acuerdo con los documentos de CREG 063 y 064 de 2010, con la información reportada por las empresas distribuidoras de Energía Eléctrica (se reportan 4.278 usuarios en Cabeceras²), y con la Resolución 18 1023 de 2008, del Ministerio de Minas y Energía, se observa que Madigas S.A E.S.P. sólo proyecta atender las cabeceras urbanas de estos municipios.

Esto es de importancia, debido a que las empresas de distribución de gas domiciliario por cilindros y carro tanques que se encuentran en la zona, requieren una mezcla del mercado urbano y del mercado rural para alcanzar su punto de equilibrio económico; pues la alta dispersión de los usuarios rurales, incrementa los costos de distribución situación que se balancea, con la mayor concentración que se encuentra en el sector urbano. (...)

(...)

El ingreso de un agente a este mercado, ofreciendo gas natural por redes, compitiendo en condiciones de mercado desiguales frente al GLP (tal como se mostrará en el siguiente punto), llevara a que las empresas distribuidoras de gas domiciliario por cilindros pierdan el mercado urbano, y por consiguiente deberán dejar de atender también el segmento rural, para evitar el detrimento patrimonial de las compañías. Esto por consiguiente, además del perjuicio para las compañías, trae efectos nocivos para población rural, que deberá volver al consumo de leña con los graves efectos en el medio ambiente y la calidad de vida de las familias.

3. Trato desigual e influencia sobre la competitividad

Observando las tarifas aprobadas bajo la resolución CREG 076 y 077 y obteniendo información sobre costo de gas asociado a Madigas S.A E.S.P se estimó el precio de gas natural que se ofrecería en los municipios definidos bajo ambas resoluciones.

(...)

Es bastante claro que si diera el caso que en este mercado, si el mismo estuviera libre de externalidades, abría (SIC) la posibilidad de desarrollar una competencia entre ambos servicios, sin embargo la aplicación de un subsidio pone en desigualdad a ambos gases combustibles; y en este caso se genera una ventaja a favor del gas natural.

4. Afectación de la inversión privada a través del uso de fondos estatales

² SUI-Información Comercial-Consolidado Energía-Suscriptores-Empresa de Energía de Boyacá S.A ESP (RAMiriquí, Jenesano, Ciénaga, Tibaná, Ventaquemada, Turmequé y Nuevo Colón)-2009

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

Además del efecto que tienen los subsidios definidos por la Ley 1117 de 2006, existe otra condición que pone en desigual la competencia entre el servicio de gas combustible por redes y el servicio de gas combustible por cilindros, este es el uso del Fondo Especial Cuota de Fomento (FECF).

De la inversión planteada para los proyectos descritos en la Resolución CREG 076 y 077, se tiene que para el mercado descrito en la Resolución CREG 076 el 86,15% de la inversión estaría cubierta por el FECF, en el caso de la resolución CREG 077 sería el 67,67% esto deja a la inversión privada con un 13,85% y 32,33% respectivamente en cada proyecto. Si se compara con la posición dentro de la inversión que tendría que realizar un distribuidor de gas combustible en cilindros para realizar el plan de mercado o reposición, tal posición estaría entre el 58% al 100% dependiendo si el distribuidor tiene o no asignadas metas de compensación, claramente esto implica nuevamente una desigualdad en las condiciones de competencia debido a la injerencia de fondos externos.

(...)"

c) La empresa señala los siguientes fundamentos de Derecho:

"(...)

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Los argumentos de Derecho que fundamentan, la interposición del presente recurso, por parte de SIVA S.A E.S.P, contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010, son las que se citan a continuación:

El artículo 46 del Código Contencioso Administrativo, señala:

"Cuando, a juicio de las autoridades, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio en donde sea competente quien expidió las decisiones" (Negrillas fuera del texto original).

A su vez, el artículo 52 Ibidem, consagra los requisitos que deben reunir los recursos, entre ellos:

"1. Interponerse dentro de un plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indagación del nombre del recurrente (...)" (Negrillas fuera del texto original).

De acuerdo a lo anterior, se tiene que para la presentación del recurso de reposición, debe existir un interés directo y legítimo, por parte del recurrente frente a la actuación administrativa, so pena de que se rechace el mentado recurso de reposición.

Al respecto la doctrina ha señalado:

"Para que se active la vía gubernativa, es necesario que se den los siguientes supuestos: (...)

2. Que el afectado con la decisión interponga el recurso, es decir, para la procedencia de los recursos de reposición y apelación, debe existir legitimación para interponerlo" (Negrillas propias)

A su vez, el doctor Miguel González Rodríguez, en su libro de derechos (SIC) procesal administrativo, manifestó:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

"Para que los recursos de reposición y de apelación se consideren como debidamente interpuestos, es necesario que se den los siguientes requisitos:

- a) *Que el sujeto que plantee el recurso reúna los requisitos de capacidad y legitimación (mayoría de edad o mediante su representante legal si es menor o persona jurídica, y que tenga interés en la actuación por haber sido el peticionario, opositor o **tercero afectado con la decisión**) (...) (Negrillas fuera de texto original).*

*De otra parte, el artículo 365 de la Carta Magna, consagra, que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de este, asegurar su prestación eficiente a **todos** los habitantes del territorio Nacional; no obstante, con la aprobación de la mencionada por parte de la CREG, se está impidiendo que se pueda garantizar una adecuada y continua prestación del servicio de Gas, Licuado de Petróleo (GLP), a todos aquellos usuarios que se sirven de este servicio, sin desconocer que se afecta la viabilidad financiera de la Compañía, y más aún si se tiene en cuenta, que existen situaciones de competencia inequitativas, las cuales van en clara contradicción, con lo dispuesto en el artículo 333 supra, que a su texto dice:*

"Artículo 333. (...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

(...)

El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional" (Subrayas propias).

(...)

• **De los argumentos de la CREG**

Respecto a los argumentos presentados por la empresa, la Comisión responderá a dichos argumentos realizando un análisis para los numerales 1 y 2 y otro para los numerales 3 y 4 de su comunicación. Lo anterior debido que estos puntos están relacionados entre sí.

Análisis numerales 1 y 2

Al respecto, la Comisión considera al GLP y el Gas Natural como energéticos sustitutos, lo anterior implica que ante variaciones de precio, calidad entre otras, los usuarios podrían escoger cambiar de energético. El grado de competencia de estos mercados dependerá de la elasticidad de la demanda de los consumidores, los cuales pueden responder cambiando o manteniendo su consumo dado los precios de los energéticos.

Es importante resaltar que las empresas que se encuentran en este tipo de competencia deben realizar las estrategias que le permita competir en el mercado y de esta manera mantener a sus usuarios. Entre las estrategias que pueden decidir las empresas es la de acometer inversiones que le permitan llegar a los usuarios y poder competir.

En este sentido las empresas de Gas Licuado de Petróleo están desarrollando estrategias para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 1151 de 2007 y las resoluciones de la CREG y así seguir atendiendo a sus usuarios con el parque de cilindros marcados, lo cual redundará en la competencia entre este tipo de combustible y sus competidores.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

Es de esperar que la competencia entre los prestadores, produzca resultados en la penetración del gas natural en el mercado y en la definición de la distribución energética por tipo de gas en las zonas urbanas de estas comunidades.

La Comisión entiende que la evaluación realizada por la UPME para el Fondo Especial Cuota de Fomento, considera que el mercado de Gas Natural se compone principalmente del área urbana mientras que el mercado del GLP es una mezcla de mercado urbano rural. Esto importante cuando se analiza la penetración del gas natural, ya que a una mayor penetración se puede ocasionar que usuarios del área rural se atiendan con GLP o por otro energético como es la leña.

Así las cosas la Comisión considera que la competencia redundará en beneficio tanto a usuarios como empresas, ya que los usuarios encontrarán un mercado con mayores posibilidades de productos y las empresas podrán desarrollar estrategias para mantenerse y beneficiarse de las características del mercado.

Análisis numerales 3 y 4

En relación con estos numerales, la Comisión realizará un análisis de los fondos administrados por el Ministerio de Minas y Energía y sus repercusiones en la competencia que enfrentarán los gases sustitutos.

El Fondo Especial Cuota de Fomento fue creado mediante la Ley 401 de 1997 artículo 15, modificado por el artículo 1 de la Ley 887 de 2004 y los artículos 1 y 63 de la Ley 1151 de 2007, con el objeto de promover y cofinanciar proyectos dirigidos al desarrollo de infraestructura para el uso del gas natural en los municipios y el sector rural prioritariamente dentro del área de influencia de los gasoductos de las trocales y que tengan el mayor índice de necesidades básicas insatisfechas

Este Fondo fue reglamento por el Ministerio de Minas y Energía mediante el Decreto 3531 de 2004, modificado por el Decreto 1718 de 2008.

El parágrafo 1 del artículo 13 del Decreto 3531 de 2004 establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 13 REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA. Para ser elegibles, los proyectos de infraestructura deben cumplir con los siguientes requisitos:

(...)

"Parágrafo 1°.- El proyecto no será elegible a pesar de cumplir con los requisitos establecidos en este Artículo si, en el proceso de evaluación, la UPME determina que el costo de prestación del servicio de distribución de gas natural por red al usuario final, calculado de acuerdo con las metodologías tarifarias vigentes establecidas por la CREG, en cada municipio en donde no se haya iniciado la prestación del servicio, es igual o superior al costo de prestación del servicio público domiciliario de Gas Licuado del Petróleo en cilindros portátiles al usuario final, calculado de acuerdo con las metodologías tarifarias vigentes establecidas por la CREG. Para efectos de comparación, en ambos casos, el costo de prestación

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

*del servicio se estimará en su equivalente de unidades de energía." (Subrayado fuera de texto)
(...)"*

Por su parte el artículo 14 del Decreto en mención establece lo siguiente:

ARTÍCULO 14. ORDEN DE PRIORIDAD DE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA ELEGIBLES. La Unidad de Planeación Minero-Energética, UPME, establecerá un orden de prioridad de los proyectos de infraestructura elegibles, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) Ubicación del proyecto dentro del área de influencia del gasoducto troncal;
- b) Número de usuarios directamente beneficiados con el proyecto;
- c) Mayor índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) definido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, para la entidad territorial o para la población objeto del proyecto. En este último caso, el Solicitante deberá adjuntar, a su costo, la certificación de dicho índice;
- d) Cofinanciación, distinta de la que se solicita al Fondo, respecto del valor total del proyecto de infraestructura;
- e) Demanda de gas natural esperada por el proyecto.

PARÁGRAFO. La Unidad de Planeación Minero-Energética, UPME, definirá y adoptará la metodología de cálculo de un indicador de prioridad que involucre los criterios definidos en este artículo.

(...)"

De otra parte, se tiene que la Comisión mediante comunicación S-2009-002977 de 14 de agosto de 2009, solicitó información al Ministerio de Minas y Energía sobre los proyectos de Distribución y Comercialización de los cascos urbanos de Ventaquemada, Turmequé y Nuevo Colón y de los cascos urbanos Ramiriquí, Jenesano, Ciénaga y Tibaná en el Departamento de Boyacá

El Ministerio de Minas y Energía respondió al requerimiento en comunicación con radicado CREG E-2009-008107 de 31 de agosto de 2009, en esta respuesta se encuentra anexa la Resolución 181023 de 26 de junio de 2008 por la cual se aprueban solicitudes de cofinanciación de proyectos con cargo a los recursos del Fondo Especial de Cuota de Fomento de Gas Natural.

Conforme a lo anteriormente expuesto la Comisión considera que los costos de prestación del servicio a los usuarios de los municipios del mercado relevante asociado al proyecto de Gas Natural para Ventaquemada, Nuevo Colón y Turmequé y de los cascos urbanos Ramiriquí, Jenesano, Ciénaga y Tibaná en el Departamento de Boyacá son inferiores a los costos de prestar el servicio con Gas Licuado de Petróleo por cilindros en esos mismos municipios si no se consideraran los subsidios asignados a través de este fondo.

Lo anterior, bajo el entendido de que la evaluación realizada por la UPME, se realiza conforme a lo establecido en la normatividad vigente que determina los criterios para comparar los costos de prestación del servicio de un proyecto de gas natural contra los de GLP.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

Así las cosas aunque el gas natural reciba el subsidio del Fondo Especial Cuota de Fomento y se vuelva más competitivo, es cierto que su costo sin este recurso sería inferior al del GLP y por lo tanto estos gases podrían competir en el mercado.

De otra parte, los subsidios por menores tarifas provenientes del fondo de solidaridad y redistribución que reciben los usuarios de gas natural fueron definidos por la Ley 142 de 1994 y reglamentados por el Ministerio de Minas y Energía.

Para el caso concreto del servicio de GLP en cilindros y tanques estacionarios, este régimen de subsidios y contribuciones no se aplica dado que, entre otras cosas, el numeral 1.4 del artículo 1 del Decreto 847 de 2001 del Ministerio de Minas y Energía determinó la no aplicación del régimen de subsidios y contribuciones.

Lo anterior, considerando la dificultad de identificar el estrato al cual pertenece el usuario de este servicio dada su movilidad y la de su conexión, el cilindro, y por lo tanto la dificultad de garantizar que los subsidios lleguen realmente a la demanda que los necesita.

Teniendo en cuenta lo expuesto se encuentra que los subsidios ya sean los destinados a la demanda o a la oferta son una política nacional definida por la Ley y no por la regulación emitida por la Comisión de Regulación, y por lo tanto la CREG no tiene entre sus facultades la de delimitar el alcance de este tipo de políticas.

Análisis argumentos de derecho.

El artículo 46 del Código Contencioso Administrativo determina que "(...) cuando, a juicio de las autoridades, las **decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez en el Diario Oficial (...)**".

La CREG publicó las resoluciones objeto del presente recurso, en el Diario Oficial No. 47.758 del 2 de julio de 2010 y en la página web de la Entidad en la misma fecha.

Ahora bien, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia en las actuaciones administrativas, así como en las judiciales se debe dar aplicación al debido proceso.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia T-803 de 2005, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, en los siguientes términos:

*" (...) De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En el ámbito de la actuación administrativa ello quiere decir que las autoridades deben obrar con arreglo a los procedimientos previamente establecidos en la ley en orden a **garantizar los derechos de quienes pueden resultar afectados por las decisiones de la Administración***



Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

que den lugar a la creación, la modificación o la extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o de una sanción.

En su primera parte, que regula los procedimientos y las actuaciones administrativas, el Código Contencioso Administrativo, de manera general, se refiere **a los administrados**, como destinatarios de la actuación administrativa y más específicamente a los interesados, expresión que remite a la consideración de **aquellos sujetos que se vean afectados por una determinada actuación administrativa. Se trata, en todo caso, de un concepto abierto, no limitado por consideraciones formales, y que comprende a todas aquellas personas que, directa o indirectamente puedan resultar afectadas por la actuación de la Administración.**

La afectación de un particular por virtud de una actuación de la Administración puede consistir en la imposición de cargas, gravámenes, sanciones o limitaciones, y, en general, en cualquier medida por virtud de la cual se modifique su situación jurídica o fáctica. De este modo la actuación administrativa no solo concierne a sus destinatarios directos, **sino también a los terceros que puedan resultar afectados por ella.** Y en relación con todos ellos se predicen los principios generales que gobiernan la actuación administrativa, enunciados de manera general en el artículo 209 de la Constitución y que de acuerdo con el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo son los de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

Particularmente relevante en este caso resulta la consideración de los **principios de publicidad y de contradicción**, por virtud de los cuales, en el primer caso, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones previstas en la ley, y en el segundo, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

De manera especial, en el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo se contempla la necesidad de citar los terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las results de la decisión, con el objeto de que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. Y en el artículo 15 del mismo estatuto se dispone que cuando de la petición que se haya formulado a las autoridades aparezca que terceros no determinados pueden estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión, el texto o un extracto de aquélla que permita identificar su objeto, se insertará en la publicación que para el efecto tuviere la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso.

A su vez, en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo se establece que cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

De manera general dispone el artículo 34 del CCA que durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.

Después de esas previsiones orientadas a asegurar la publicidad de la actuación administrativa y la posibilidad de contradicción por los interesados, el Código Contencioso Administrativo se ocupa de regular, en su artículo 35, la adopción de las decisiones, las cuales, reitera, solo proceden después de que se haya dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones. Esas decisiones, señala la norma, deben adoptarse con base en las pruebas e informes disponibles y agrega que en las mismas se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite, debe entenderse, tanto por quien dio origen a la actuación administrativa como por quien intervino en ella en virtud de un interés legítimo. **Así mismo se dispone que cuando la decisión afecte a particulares, la misma será motivada al menos en forma sumaria y que, en todo caso, las notificaciones se harán conforme lo que se dispone en el propio Código Contencioso Administrativo.**

Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

*A este respecto, después de regular la notificación personal, el Código prevé que **cuando, a juicio de las autoridades, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones. (Art. 46) A este respecto el Consejo de Estado ha expresado que “[e]l principio general de derecho que las providencias que afectan a terceros que no hayan intervenido en el respectivo proceso o actuación, sea que los afecten en sus personas o en sus bienes, deben serles notificadas personalmente o, cuando menos, con la publicación de lo decidido en ellas en el periódico oficial, que es la forma que conocen las gentes como usual para la notificación ficta de las providencias gubernamentales. Agregó el máximo tribunal de lo contencioso administrativo que “[e]llo tiene por finalidad que esos terceros puedan interponer oportunamente los recursos legales contra tales providencias, es decir, logren ejercer el derecho de defensa contra las decisiones de la administración.***

Esta Corporación ha expresado, por otra parte, que “... el debido proceso administrativo como derecho fundamental se manifiesta a través de un conjunto complejo de principios, reglas y mandatos que la ley le impone a la Administración para su ordenado funcionamiento (entre otros, se destacan las disposiciones previstas en el artículo 209 de la Constitución y en el capítulo I del Título I del C.C.A., referente a los principios generales de las actuaciones administrativas), por virtud de los cuales, es necesario notificar a los administrados de las actuaciones que repercutan en sus derechos, otorgarles la oportunidad de expresar sus opiniones, y de presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos. Actuaciones que, en todos los casos, deben ajustarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales descritas en la ley.

De este modo se tiene que, (i) de acuerdo con el artículo 2° del Código Contencioso Administrativo, la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley; (ii) para ello, es preciso que esa actuación se desarrolle de acuerdo con los principios que rigen el debido proceso administrativo y en particular con los de publicidad y contradicción, y, (iii) tales principios se aplican no solo en relación con quien es destinatario directo de la actuación administrativa, sino también con quien pueda resultar afectado por ella y tenga por consiguiente un interés en el resultado de la misma. En ese contexto, esos terceros no solo tienen el derecho de ser informados sobre el inicio de la actuación, sino que están habilitados para intervenir en ella en procura de defender sus derechos, para lo cual pueden pedir las pruebas que consideren necesarias e interponer los recursos que frente a las decisiones administrativas se hayan previsto en la ley.

Todas las anteriores consideraciones hacen parte del debido proceso administrativo, el cual, por consiguiente, es desconocido cuando una actuación de la administración no es puesta en conocimiento de una persona que puede resultar afectada por la misma, o cuando, de cualquier otro modo, a dicha persona se le impide intervenir en defensa de sus intereses. (...)” (Negrilla fuera del texto).

En el presente caso se tiene que la empresa recurrente argumenta que con las decisiones tomadas mediante las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010 puede resultar afectada y por tanto tienen un interés en el resultado de la actuación administrativa por las razones expuestas en el escrito del recurso, respecto de las cuales se pronunció a lo largo del presente acto.

La Comisión, en sesión No. 467 llevada a cabo los días 1 y 4 de octubre de 2010, acordó expedir la presente resolución.



Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por SIVA S.A. ESP contra las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010.

RESUELVE:

Artículo 1. Confirmar las Resoluciones CREG 076 y 077 de 2010, por lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

Artículo 2. Notificar al representante legal de la empresa SIVA S.A. ESP., y hacerle saber que contra lo dispuesto en este acto no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

01 OCT. 2010

Dada en Bogotá, D.C., a los


TOMÁS GONZÁLEZ ESTRADA

Viceministro de Minas y Energía
Delegado del Ministro de Minas y
Energía
Presidente


JAVIER AUGUSTO DÍAZ VELASCO

Director Ejecutivo