

Bogotá, D.C., septiembre 26 de 2012

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

AUTO

Por el cual se admite un recurso de apelación

Referencia: Recurso de queja interpuesto por GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. contra la decisión del Alcalde del municipio de San Cayetano (Norte de Santander).

CONSIDERANDO QUE:

I. Antecedentes

La Ley 142 de 1994 otorgó competencia a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción u operación de redes. En efecto, a este respecto estableció el artículo 28 de la mencionada Ley lo siguiente:

Artículo 28. Redes. (...)

Las comisiones [de regulación] (...) conocerán en apelación los recursos contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción u operación de redes.

Mediante comunicación radicada en la CREG bajo el número E-2012-006062 de fecha 28 de junio de 2012, la empresa GASES DEL ORIENTE S.A. E.S.P. (en adelante Gases del Oriente), interpuso recurso de queja contra la decisión del Alcalde del municipio de San Cayetano (Norte de Santander), aduciendo los siguientes hechos y fundamentos:

(...)

1. Antecedentes

*1. El día 06 de marzo de 2012 la empresa GASES DEL ORIENTE S.A E.S.P Presentó PETICION ante la alcaldía del municipio de San Cayetano en donde se solicitaba la Licencia de intervención y ocupación del espacio público, para el proyecto de masificación del gas natural por redes para el municipio de San Cayetano y el corregimiento de **Cornejo**, y además personalmente se le explicó la función de las autoridades municipales donde no se puede negar un permiso de intervención y ocupación del espacio público siempre y cuando cumpla con los requisitos, vulnerando la ley 142 de 1994, la libre competencia*

y de empresa, la prestación de los servicios públicos domiciliarios y uso eficiente de los recursos del Estado al pretender negar el permiso por la intervención de otra distribuidora cuando se debe priorizar la inversión privada.

2. Con ese propósito solicitó el permiso para la ejecución de todas las obras necesarias para la construcción del gasoducto urbano de este municipio, haciendo uso del espacio público detallando las actividades a ejecutar:

- Rotura de andenes y vías del casco urbano de la población.
- Excavación y relleno para la instalación de las tuberías del gasoducto en el casco urbano del municipio.
- Restitución de vías y andenes afectados en el proceso constructivo de acuerdo a las especificaciones técnicas de la empresa, lo cual es concreto de 2.500 PSI para andenes de espesor de 8 centímetros y concretos de 3.000 PSI para vías en espesores de 15 centímetros.
- Limpieza y retiro de escombros en el sitio indicado por la Alcaldía para su depósito.
- Construcción de acometidas Domiciliarias

3. Que esta licencia y/o permiso se solicitó en virtud del imperativo legal contenido en el artículo 26 de la ley 142 de 1994 mediante el cual se establece que los Municipios "...no pueden negar ni condicionar los permisos o licencias para la instalación de redes destinadas a actividades de servicios públicos."

4. Que el Municipio nunca contestó la Petición y por tanto se generó un ACTO PRESUNTO en el tiempo previsto en el CCA y por tanto La Empresa debió interponer recursos contra ese acto.

5. Frente a tal acto, que consideramos ilegal, presentamos en el tiempo de los 5 días previstos en el Código Contencioso Administrativo ante el citado Municipio, escrito contentivo del RECURSO DE REPOSICION y en subsidio de APELACIÓN contra la negativa del permiso para intervención de espacio público en el Municipio de San Cayetano. Adjuntamos copia del escrito de recursos radicado **el 14 de junio de 2012.**

6. Que el Municipio tampoco respondió a los recursos Interpuestos y por tanto se generó un acto presunto.

2. EL RECURSO de QUEJA

El Recurso de Queja se contempla en el artículo 50 del CCA así:

" **3.** El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto." Subraya nuestra-

El escrito de recursos en la vía gubernativa, frente a la negación del permiso o licencia de intervención del espacio público -RECURSO DE REPOSICION - de competencia del Municipio - y en subsidio de APELACIÓN de competencia de la CREG- fue radicado en el Municipio de San Cayetano el catorce **(14) de junio de 2012** (número radicado 1318) y hasta la fecha no ha sido resuelto por el ente territorial el recurso de su competencia (Reposición) **transcurriendo así un término mayor a 2 meses desde su radicación.**

El Recurso de Apelación Interpuesto de forma subsidiaria en el mismo escrito radicado ante el Municipio de San Cayetano, es de COMPETENCIA de la CREG por mandato del artículo 28 de la Ley 142/94, tal como se explica en el escrito de recursos del que adjuntamos copia. Incluso el mismo fue remitido para conocimiento de la CREG el 14 de junio de 2012 con radicado interno 0179-12.

Dada la omisión del Municipio de responder oportunamente, conforme el Código Contencioso Administrativo se configura el **SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO**, y en consecuencia, conlleva la negativa de la Reposición, así como EL RECHAZO para conceder el subsidiario Recurso de **Apelación** de COMPETENCIA de la CREG, dado el carácter accesorio del recurso de alzada.

Señala el CCA:

"ARTICULO 60. SILENCIO ADMINISTRATIVO. Transcurrido un plazo de dos (2) meses, contado a partir de la interposición de los recursos de **reposición o apelación** sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. El plazo mencionado se Interrumpiré mientras dure la práctica de pruebas. **La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1º. no exime a la autoridad de responsabilidad ni le impide resolver** mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo."

3. SOLICITUD

1. Como el Municipio ha sido omisivo no solo en responder oportunamente el Recurso de su competencia, sino además de remitir de inmediato el Expediente administrativo a la CREG para lo de su competencia, acudimos para que en virtud del Recurso de Queja, con la URGENCIA posible se y proceda a REVOCAR el ACTO FICTO NEGATIVO, se ADMITA LA APELACION y se ordene al Municipio remitir el expediente que contiene la actuación.

Dado que la negativa a conceder la Apelación subsidiaria es consecuencia de la ocurrencia del Silencio Administrativo Negativo, la prueba de tal negativa es la manifestación de que se presentó tal hecho jurídico (acto presunto), como hemos insistido y ante la inexistencia de acto administrativo físico.

2. Igualmente, e invocando el Derecho de Igualdad solicitamos respetuosamente a su Despacho que para el presente evento tenga en cuenta las mismas razones jurídicas que llevaron a la CREG a emitir el Auto de 1 de Junio de 2012 en el radicado 2012-0061 expediente de Metrogas de Colombia SA ESP contra Municipio de Abrego, y el Auto del 12 de julio de 2012 Expediente 2012- 007 con el que se admite recurso de reposición interpuesto por Gases del Oriente S.A .E.S.P. contra el municipio de Tibú, y dado que tratándose de unas similares razones de hecho, se pueden aplicar idénticas razones de derecho. (...).”

Gases del Oriente adjunta los documentos que enuncia en su comunicación, incluyendo la solicitud inicial, el oficio que contiene la decisión objeto de recurso, así como el escrito mediante el cual se interpone el recurso de reposición y en subsidio de apelación.

II. Consideraciones

a) *Competencia de la CREG para resolver el recurso de queja interpuesto por Gases del Oriente.*

De acuerdo con el artículo 28 de la Ley 142 de 1994, antes transcrito, sin lugar a dudas esta Comisión tiene competencia para conocer el recurso de apelación interpuesto por Gases del Oriente.

Sin embargo, mediante el acto presunto configurado el día 14 de agosto de 2012, el municipio de San Cayetano negó el recurso de reposición y, al mismo tiempo, negó la procedencia del recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria por Gases del Oriente, contra la decisión del Alcalde, también contenida en un acto ficto.

Dados los hechos del caso, y de conformidad con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, en efecto procede el recurso de queja interpuesto ante esta Comisión, aun cuando la misma no es en estricto sentido el “*superior del funcionario que dictó la decisión*”, y aun teniendo en cuenta que la Ley 142 de 1994 se refiere únicamente al recurso de apelación.

Así lo determinó el Honorable Consejo de Estado en sentencia de tutela del 14 de octubre de 2014, (Rad. 41001-23-31-000-2004-0960-01), al examinar y resolver un asunto con las mismas características, así:

*“(..) como al accionante se le negó la apelación, de acuerdo con el citado artículo 50, **podía, conforme a derecho, hacer uso del recurso de queja ante la autoridad competente para conocer de la***

apelación en caso de que ésta se le hubiere concedido, con el propósito de que se resolviera si la apelación había sido bien o mal denegada.

(...)

En este orden de ideas, fluye, por imperativo legal, que el Ministerio de Educación está en el deber de conocer de la apelación que se interponga por el contador sancionado con suspensión, por la Junta Central de Contadores, que fue precisamente, la sanción disciplinaria que se le impuso al accionante. Coherentemente, como la apelación interpuesta por el sancionado fue negada, éste tenía derecho a interponer el recurso de queja, como lo hizo, y el Ministerio la obligación de darle el trámite legal. En razón de que éste no actuó así, pues, obrando contra jus, se negó a tramitar el recurso de queja, con el infundado argumento de que carecía de competencia, sin duda, le violó al accionante el derecho al debido proceso, por lo cual habrá de accederse al amparo solicitado y por lo mismo, se confirmará la decisión del a quo”.

Así las cosas, corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas conocer y resolver el recurso de queja interpuesto por Gases del Oriente contra la decisión adoptada por el Alcalde del municipio de San Cayetano, Norte de Santander.

b) Análisis del recurso

Por un lado, debe decirse que el escrito presentado por Gases del Oriente, en el que presenta y sustenta el recurso de queja, se ajusta a lo preceptuado por el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto, se observa que el mismo fue presentado dentro del término para ello determinado, ante la autoridad competente para ello según se expuso, y acompañado de los documentos exigidos para el efecto.

Por otro lado, se advierte que la negativa del municipio a tramitar el recurso de apelación se deriva de un acto ficto o presunto, de conformidad con el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo. En ese orden de ideas, con el fin de garantizar el debido proceso a la empresa Gases del Oriente, y amparada por el artículo 29 de la Constitución Política, es deber de la CREG resolver favorablemente el recurso de queja del asunto.

En consecuencia, se revocará el acto presunto, se admitirá el recurso de apelación interpuesto, y se ordenará al municipio de San Cayetano (Norte de Santander) remitir el expediente de la actuación a la CREG.

De conformidad con lo anterior,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar el acto administrativo presunto configurado según lo establecido en el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual se niega el trámite del recurso de apelación interpuesto por Gases del Oriente S.A. E.S.P. contra la decisión adoptada por el Alcalde del municipio de San Cayetano (Norte de Santander), contenida también en un acto presunto.

SEGUNDO: Admitir el recurso de apelación interpuesto por Gases del Oriente S.A. E.S.P. contra la decisión adoptada por el Alcalde del municipio de San Cayetano (Norte de Santander), contenida en un acto presunto. Lo anterior, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 142 de 1994.

TERCERO: Ordenar al municipio de San Cayetano, Norte de Santander, la remisión dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del presente auto a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, del expediente correspondiente a la actuación administrativa que finalizó con la decisión adoptada por el Alcalde de dicho municipio, contenida en un acto ficto o presunto de su despacho, ocurrido como consecuencia de la operancia del silencio administrativo negativo.

CUARTO: Contra el presente auto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMÁN CASTRO FERREIRA
Director Ejecutivo