

Bogotá, D.C., noviembre 2 de 2016

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, CREG
Dirección Ejecutiva

AUTO
MEDIANTE EL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN

Asunto: Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la empresa GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. contra Auto de Archivo de solicitud tarifaria de 4 de agosto de 2016.

CONSIDERANDO QUE:

ANTECEDENTES

A través de la Resolución CREG 202 de 2013 se establecieron los criterios generales para remunerar la actividad de distribución de gas combustible por redes de tubería y se dictan otras disposiciones.

La Comisión expidió la Resolución CREG 052 de 2014 mediante la cual se modificó el numeral 6.4 y el numeral i) del numeral 6.5 de la Resolución CREG 202 de 2013.

Por medio de la Resolución CREG 138 de 2014 se modificó y adicionó la Resolución CREG 202 de 2013, atendiendo inquietudes y comentarios de los agentes.

Mediante la Resolución CREG 112 de 2015 se modificó el plazo previsto para la presentación de las solicitudes tarifarias de aprobación de cargos de distribución.

La Resolución CREG 125 de 2015 modificó y adicionó los numerales 6.4 y 6.5 del artículo 6, el parágrafo 2 del numeral 9.5. del Artículo 9, el artículo 12, el numeral 13.4 al Artículo 13, el numeral 4.8. del Anexo 4, numeral 5.8 del Anexo 5, el Anexo 9 y el Anexo 10 de la Resolución CREG 202 de 2013.

A través de la Resolución CREG 141 de 2015 se modificaron los numerales 6.4 y 6.5 del artículo 6 de la Resolución CREG 202 de 2013, modificados por la Resolución CREG 052 de 2014, 138 de 2014, 112 de 2015 y 125 de 2015.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

2 / 70

Con la Resolución CREG 095 de 2015 se aprobó la metodología para el cálculo de la tasa de descuento que se aplica en las actividades de transporte de gas natural, distribución de gas combustible, transporte de GLP por ductos, transmisión y distribución de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional, y generación y distribución de energía eléctrica en zonas no interconectadas.

En la Resolución CREG 096 de 2015 se definen los valores de la tasa de descuento para la actividad de distribución de gas combustible por redes de tubería.

Por medio de la Circular CREG 105 de 2015 se publicó el documento CREG No.095 de 2015, que contiene la definición de las funciones óptimas para determinar la remuneración de los gastos de Administración, Operación y Mantenimiento - AOM de las actividades de distribución y comercialización de gas combustible por redes de tubería y de Otros Activos para la actividad de distribución.

La Circular CREG 111 de 2015 y conforme a lo definido en la Resolución CREG 141 de 2015, la cual modifica la Resolución CREG 202 de 2013, se definió el cronograma comprendido entre el periodo del 7 al 30 de octubre de 2015, para que las empresas que prestan servicio de gas combustible por redes en mercados relevantes de distribución que cumplieron periodo tarifario realizaran el proceso de reporte de información correspondiente a las solicitudes de cargos de distribución de gas combustible por redes de tubería para los mercados existentes de distribución que hubieran concluido su periodo tarifario o que no lo hubieran concluido pero que decidieron acogerse a lo establecido en el numeral 6.5. de la Resolución CREG 202 de 2013.

Dado ese cronograma, las empresas distribuidoras de gas combustible presentaron solicitudes formales de aprobación de cargos para los diferentes mercados relevantes de distribución para el siguiente periodo tarifario.

Mediante Auto de 23 de diciembre de 2015, la dirección ejecutiva de la CREG dio inicio a la actuación administrativa tendiente a la evaluación de la solicitud de cargos de distribución para mercado relevante de distribución conformado por municipios de Atlántico, Magdalena y Cesar, solicitado por GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

En el proceso de análisis de las solicitudes de aprobación de cargos, la Comisión encontró problemas en la calidad de información reportada por las empresas que incidían directamente en el cálculo de los cargos de distribución, los cuales requerían ser resueltos por la Comisión so pena de trasladar ineficiencias en las tarifas, a los usuarios.

De esta manera estando en curso la respectiva actuación administrativa y sin que se hubiera resuelto de fondo, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

3 / 70

Resolución CREG 093 de 2016 revocó apartes de la metodología tarifaria definida en la Resolución CREG 202 de 2013, aspectos relacionados con: (i) gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (AOM), (ii) Otros Activos, (iii) mercados financiados con recursos públicos, y (iv) demanda, entre otros.

La Resolución CREG 093 de 2016 no solo revocó parcialmente la Resolución CREG 202 de 2013, modificada por las Resoluciones CREG, 138 de 2014 y 125 de 2015, sino que también ordenó archivar las actuaciones administrativas iniciadas para las solicitudes tarifarias de los mercados relevantes de distribución de gas combustible por red de tuberías existentes, que cumplieron periodo tarifario y que realizaron el proceso de reporte de información correspondiente, o que no hubieren cumplido pero que decidieron acogerse a lo establecido en el numeral 6.5. de la Resolución CREG 202 de 2013.

Dicho mandato de cierre de las actuaciones se oficializó para el caso concreto mediante la expedición de Auto de Archivo de solicitud de aprobación de cargos de distribución de gas combustible por redes proferido el 4 de agosto de 2016, para la solicitud correspondiente al mercado relevante conformado municipios de Atlántico, Magdalena y Cesar presentada por la empresa GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. ya que los apartes revocados hacían inoperante la metodología fijada, impidiendo la aplicación de la misma y por tanto, hacían improcedente la continuación de la mencionada actuación administrativa.

Surtido el trámite de notificación personal de la referida decisión y estando dentro del término legal, el representante legal de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. interpuso recurso de reposición contra el mencionado auto de cierre argumentando lo siguiente:

CONSIDERACIONES DEL RECURRENTE

1. Consideraciones preliminares del recurso relacionadas con la supuesta negación del regulador de su propia naturaleza, derivando en una falla en el servicio de regulación.

Antes de entrar en la argumentación de fondo, el recurrente plantea una serie de argumentos que a lo largo del cuerpo del recurso se reiteran de forma sostenida y que sirven de marco para su argumentación central.

En este sentido sostiene el recurrente que la CREG en su condición de agencia estatal especializada en el sector de gas, después de 8 años de estudio e intercambio de información, decidió revocar de manera unilateral y oficiosa una metodología tarifaria que ya se encontraba vigente, sin aceptar su propia falla, justificando su conducta en una falta de información y en una supuesta información incorrecta, en la que al parecer

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

4 / 70

algunos agentes, diferentes del recurrente, incurrieron, sin que el regulador especializado y con amplias facultades pudiera hacer cosa diferente de quebrar la confianza legítima en un organismo de carácter técnico.

De otra parte señala el recurso, que si bien el regulador puede considerar que su propia señal resultó un error, y al mismo tiempo que ese error derivó en una serie de comportamientos que es necesario corregir, lo que no puede hacer es darle un efecto retroactivo, desconociendo que dichas inversiones no tenían asociado un criterio de eficiencia diferente de aquel que cada operador considerara como válido al momento de tender la línea.

Finalmente manifiesta el peticionario en este aparte, que el archivo de la actuación administrativa, niega de manera general la naturaleza del regulador, su función especialísima respecto de un sector sensible de la economía, ya que de un tajo iguala una metodología tarifaria con un acto administrativo puro y simple, sin considerar los parámetros existentes para este tipo de actos en la Ley 142 de 1994, ni los efectos que respecto de la institucionalidad tiene este tipo de decisiones.

2. Descripción de los hechos que antecedieron la decisión de revocar la Resolución CREG 202 de 2013, y la supuesta ilegalidad de la decisión del archivo de las solicitudes.

Como fundamentos fácticos del recurso de reposición presentado, el recurrente desarrolla una pormenorizada relación de hechos, iniciando en la expedición de la Resolución CREG 011 de 2003, mediante la cual se expidió la metodología tarifaria de distribución de gas combustible por red de tubería que precedió a la implementada mediante la Resolución CREG 202 de 2013, mencionando hitos como la expedición de las bases metodológicas que se presentaron, los modelos metodológicos usados en el pasado así como los propuestos en la nueva metodología.

Igualmente se describen aspectos como la propuesta de remuneración de la actividad de comercialización y las razones por las cuales el regulador escogió los parámetros que finalmente se usaron en la metodología fijada mediante la Resolución CREG 202 de 2013.

Se señalan adicionalmente en este aparte, cada uno de los pasos surtidos desde el inicio de las actuaciones particulares tendientes a la actualización de cargos con la nueva metodología, el momento mismo en que se fijó el cronograma de presentación de las solicitudes, fijado mediante la Circular CREG 111 de 2015, la confirmación de la solicitud mediante el aplicativo dispuesto para tal fin y los requerimientos efectuados.

Nuevamente, se reiteran de parte del recurrente afirmaciones en el sentido que la Comisión, aparentemente apartándose de todos los antecedentes, estudios, discusiones y talleres que precedieron la estructuración de la metodología tarifaria, e

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

5/70

incluso, contrariando sus propios actos y argumentos, mediante la Resolución CREG 093 de 2016 decidió revocar diferentes apartes de la metodología tarifaria establecida en la Resolución CREG 202 de 2013 y ordenó, al decir del recurrente violando diferentes derechos y principios de rango constitucional, el archivo de las actuaciones administrativas iniciadas en virtud de las solicitudes tarifarias.

Así mismo se señala que en el recurso interpuesto que las razones de hecho y de derecho expuestas por la CREG para justificar el archivo de la actuación administrativa, se limitaron a señalar que dada la revocatoria de diferentes aparates de la Resolución CREG 202 de 2013, la metodología tarifaria no podía ser aplicada y, por lo tanto, resultaba improcedente la continuación de la actuación, lo cual según el recurrente implicaría una violación directa del Derecho Fundamental al Debido Proceso, al Derecho Fundamental de Petición, al Derecho Fundamental al Buen Nombre, al Derecho de Defensa, al Principio de Legalidad y al Principio de la Buena Fe, asimismo, constituye una transgresión de diferentes principios de rango constitucional conforme a los cuales la administración debe actuar, sin desarrollar en este aparte las razones que motivan estas afirmaciones.

Finaliza el interesado este punto de antecedentes indicando que sería evidente que la expedición de un auto mediante el cual se ordena el archivo de la actuación administrativa, con fundamento en un acto administrativo de carácter general que supone a su vez la violación del derecho fundamental al debido proceso, del derecho de defensa, del principio de legalidad y del principio de la buena fe, implica que dicho acto particular devenga de igual forma ilegal, pues replica la transgresión de los derechos y principios mencionados.

3. Presunta violación del principio de legalidad.

Señala el recurrente en este sentido que si un acto administrativo por el cual se pretende realizar la revocatoria directa de una metodología tarifaria, no cuenta con el fundamento jurídico adecuado y, por el contrario, se basa en argumentos falsos, se genera una violación al principio de legalidad. Y sigue señalando, si la Comisión no se somete a las normas y reglas que el legislador ha definido (Ley 142 de 1994), el acto administrativo que expida, se encontraría viciado de ilegalidad y por consiguiente, resultaría inválido.

En este sentido manifiesta el recurrente, cuando la administración en ejercicio de su función regulatoria, decidió optar por la revocatoria directa de la metodología tarifaria prevista en la Resolución CREG 202 de 2013, sin tener en cuenta lo establecido en la Ley 142 de 1994, con fundamento en afirmaciones que no son ciertas, que no son atribuibles a todas las empresas, desconociendo además el derecho al debido proceso, el derecho de defensa, entre otros, es evidente entonces que se produce una violación al principio de legalidad.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

6 / 70

4. Presunta violación al principio fundamental de debido proceso.

Argumenta en este sentido el recurrente, que respecto de este derecho fundamental en el caso particular, la supuesta transgresión se habría materializado en la medida en que la Comisión tomó la decisión de revocar parcialmente la metodología tarifaria prevista en la Resolución CREG 202 de 2013 y ordena el archivo de las actuaciones administrativas, con base en el supuesto hallazgo de diferentes fallas e inconsistencias en la información reportada por los distribuidores, pero sin haber notificado éstas a cada una de las empresas en cuestión y, peor aún, sin que a las mismas se les hubiese dado la oportunidad de exponer los argumentos en su defensa, o bien, de corregir las supuestas irregularidades encontradas. En otras palabras, se violó el debido proceso pues no se permitió a las empresas contradecir ninguna de las afirmaciones y graves señalamientos expuestos en su contra en la Resolución CREG 093 de 2016.

Igualmente se señala en este sentido, que frente al Auto de fecha 4 de agosto de 2016 la violación al debido proceso también se presenta ya que el auto que ahora se repone se limita a señalar que, en razón de la revocatoria, la metodología resulta inaplicable y, por lo tanto, se debe proceder al archivo de la actuación administrativa correspondiente a la solicitud tarifaria, sin permitir el ejercicio al derecho de defensa ni tampoco la posibilidad de practicar pruebas para desvirtuar las acusaciones realizadas por el regulador.

Adicional a lo anterior advierte el recurrente, que la Resolución CREG 093 de 2016 y el auto citado implican el desconocimiento del procedimiento establecido expresamente en la Ley 142 de 1994 para la determinación de las metodologías, tarifarias. Consecuentemente, supondría la violación del Decreto 2696 de 2004 mediante el cual se definieron las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación.

Se concluye en este sentido que en este caso concreto, la expedición de la Resolución CREG 093 de 2016, es un acto administrativo de carácter general, pero a través del cual se tomó una decisión que tiene efectos individuales, en tanto ordena el archivo de las actuaciones administrativas particulares, lo cual afirma el peticionario, implica una violación directa al debido proceso.

5. Presunta violación al derecho fundamental de petición.

En este sentido expresa el recurso que la aparente violación en este sentido se presenta debido a que, no obstante a que la solicitud de aprobación de cargos fue realizada de manera particular por la empresa, y para el efecto se dio inicio a una actuación administrativa particular, las razones específicas y que eventualmente pudieran haber sido oponibles al peticionario para revocar parcialmente la Resolución CREG 202 de 2013 y dar por terminada la actuación administrativa, nunca fueron

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

7 / 70

informadas a la empresa; asimismo, nunca se permitió a la empresa presentar pruebas para argumentar su defensa o rebatir aquellas aducidas en su contra.

Por otro lado, indica el recurrente que la CREG no solo no dio respuesta a la solicitud tarifaria, sino que tampoco respetó el procedimiento establecido en la Ley 142 de 1994 para el efecto e ignoró las garantías a favor la empresa, sino que además, la decisión de archivar la actuación administrativa, solo fue comunicada luego de 10 meses de haber sido presentada la solicitud, con lo cual obviamente la respuesta a la que tenía derecho la Compañía fue completamente inoportuna, desconociendo el plazo expresamente establecido en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994.

6. Presunta violación al derecho fundamental al buen nombre.

Se argumenta en este aparte del recurso, que en la Resolución CREG 093 de 2016, la Comisión en reiteradas oportunidades manifiesta que la decisión de revocar parcialmente la Resolución CREG 202 de 2013, se debe a la supuesta existencia de fallas o inconsistencias en la información que fue reportada por las empresas, sin especificar al agente responsable de las mismas.

En este sentido, el regulador había realizado múltiples señalamientos y generalizaciones, que implican una violación directa al buen nombre de aquellas empresas respecto de las cuales las acusaciones expuestas por la Comisión no resultan imputables, como en el caso de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. En efecto, ninguno de los graves señalamientos expuestos por la Comisión puede ser atribuido a esta empresa, quien, señala el recurrente, siempre ha dado estricto cumplimiento a la regulación.

Continúa el recurrente afirmando que para efectos de respetar el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y el derecho al buen nombre, la Comisión tenía la obligación de proceder a notificar de manera individualizada a cada una de las empresas, el resultado del análisis hecho en cada caso en particular, de tal forma que cada empresa tuviera a su vez la oportunidad de conocer dicho análisis, y de ser el caso, de actualizar y/o rectificar la información a que hubiese lugar.

7. Presunta violación del Principio de la Buena Fe, Confianza Legítima como expresión del principio de la Buena Fe y Violación del principio de respeto por el acto propio

Argumenta el recurrente que aparentemente la Comisión ha violado el Principio de la Buena Fe y consecuentemente los sub-principios de Confianza Legítima como expresión del principio de la Buena Fe y el principio de respeto por el acto propio antes mencionados en la medida que, primero, al revocar de manera abrupta la Resolución CREG 202 de 2013 se transgredió la confianza legítima que las empresas distribuidoras tenían con relación a la aplicación de la metodología tarifaria; y segundo, debido a que

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

8 / 70

las razones expuestas por la Comisión para tomar la decisión, implican el desconocimiento y la transgresión de sus propios actos.

Se reclama entonces por el peticionario la violación al principio de Buen Fe en la medida que GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. confiando de manera sana y transparente en las actuaciones de la CREG, desplegó actividades o asumió conductas con el convencimiento de estar amparadas jurídicamente, pero que finalmente fueron desconocidas por la misma entidad a pesar de haber emitido signos externos que dieron lugar a que la empresa adquiriera esa certeza en proceso de construcción de la metodología tarifaria.

En consecuencia, afirma el peticionario, debido a que con la metodología establecida en la Resolución 202 la CREG creó señales claras para los agentes del mercado de distribución de gas y, por lo tanto, generó en ellos expectativas legítimas en relación a la tarifa a la que tendrían derecho por la prestación del servicio de distribución de gas combustible, la Comisión debería proceder a individualizar el resultado del análisis hecho en cada caso en particular de la información reportada, para que cada empresa dentro de un plazo razonable pudiera corregir las supuestas inconsistencias, conforme los medios e instrucciones otorgados por la CREG, y así proceder a dar aplicación a la metodología de la Resolución CREG 202 de 2013.

8. Presunta violación del principio del respeto por el acto propio.

Plantea el recurrente que en virtud de los principios de la buena fe y de la confianza legítima, *“el ordenamiento jurídico considera inadmisibles contrariar conductas pasadas, al punto que restringe el ejercicio de un derecho subjetivo, cuando el derecho que se pretende hacer valer se encuentra en evidente contradicción con una conducta anterior. En palabras de la Corte Constitucional, así el cambio de criterio sea lícito (de hecho, aun formalmente válido, piensa la Sala) se prohíbe volver sobre actos propios porque eso no solo es un abuso del derecho propio, sino que menoscaba el derecho de la parte que ajustó su conducta a la confianza que le generó la actuación de su contraparte.”*

Al decir del recurrente la actuación de la CREG es inadmisibles porque, además de que resulta materialmente contraria a derecho en la medida que supone la violación directa de diferentes principios y derechos de rango constitucional, implica un cambio intempestivo de posición jurídica que atenta contra el principio de la buena fe, de la seguridad jurídica, el principio de confianza legítima y el principio que exige respeto por los actos propios.

Posteriormente afirma, que la manera en que la Comisión tomó la decisión de revocar la Resolución CREG 202 de 2013 y ordenó el archivo de las actuaciones administrativas, constituye una decisión incoherente, arbitraria, inconsulta y desproporcionada, que contraviene a su vez todos los actos efectuados por el regulador desde el año 2008,

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

9 / 70

desconoce todo el proceso que precedió la expedición de la metodología tarifaria y, por lo tanto, supone el reconocimiento de una falla en el ejercicio de su función regulatoria.

9. Presunta violación del principio de participación.

Expone el recurrente que de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en virtud del principio de participación, las autoridades deben promover y atender las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Así las cosas, se evidenciaría que la decisión adoptada por la CREG con relación a revocar parcialmente la Resolución CREG 202 de 2013 y archivar la actuación administrativa iniciada por GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. supone una transgresión directa al principio de participación, pues desconoce el largo proceso de discusión que tuvo la estructuración de la metodología tarifaria, entre la administración (CREG) y los administrados (agentes).

Adicional a lo anterior, sostiene el peticionario, la Comisión negó el derecho a participar en la decisión final adoptada mediante la Resolución CREG 093 de 2016, limitando cualquier posibilidad a discutir alternativas frente a los supuestos problemas evidenciados. En este sentido, de acuerdo con el principio de participación, la CREG debía haber tenido en cuenta a las empresas distribuidoras en los procesos de deliberación, evaluación, y análisis de la situación, de manera que la decisión hubiese sido discutida previamente, dando oportunidad de plantear alternativas diferentes y menos gravosas para las empresas.

10. Presunta violación de los principios de publicidad y transparencia.

Afirma el recurrente que es evidente que la manera en que estratégicamente la CREG decidió primero revocar la metodología mediante un acto general contra el cual no procedía ningún recurso, sin respetar el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa; y segundo, informar la decisión de archivar la actuación administrativa mediante un auto particular en el que no se exponen las razones específicas y solamente se hace referencia a la Resolución CREG 093 de 2016, se hicieron nugatorios e impracticables todos los derechos y principios a favor de las empresas interesadas para rebatir, discutir y replantear las afirmaciones realizadas por la Comisión, desconociendo los principios de transparencia, publicidad y buena fe.

11. Presunta violación al principio de coordinación.

Señala el recurrente que se atiende, que es evidente que la CREG en la expedición del acto revocatorio, desconoce el principio de coordinación, pues a pesar de las funciones y facultades reconocidas en la Ley 142 de 1994 a su cargo, no ejerció las mismas de

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

10 / 70

manera armónica y coordinada con aquellas funciones a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues para efectos de analizar la información de los gastos AOM por ejemplo, la cual es reportada por las empresas directamente al SUI, administrado por esa superintendencia, nunca tuvo en cuenta cuál era la posición de dicha entidad frente a la información.

De igual forma, señala, no es posible entender cómo es que la Comisión y la Superintendencia no se habían dado cuenta de las supuestas inconsistencias en la información reportada por algunas empresas.

12. Presunta violación de los principios de economía, eficacia y celeridad.

A este respecto señala el recurrente que, en virtud del principio de eficacia, la CREG debió haber buscado que el procedimiento iniciado para la aprobación de las tarifas lograra su finalidad, para lo cual, podía haber requerido a las empresas para que rectificaran la información inconsistente, y consecuentemente se pudiera sanear las supuestas irregularidades, en procura de la efectividad del derecho material objeto de las actuaciones administrativas.

Por su parte, en virtud del principio de economía, la CREG debió haber procedido diligente y eficientemente, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos, facultades y prerrogativas reconocidas a su favor en la ley, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las empresas que sí habían cumplido a cabalidad con la regulación como es el caso de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

Finalmente, en virtud del principio de celeridad, señala el recurrente, desde el momento en que encontró las supuestas inconsistencias, la Comisión debió haber impulsado oficiosamente los procedimientos, solicitando a las empresas respectivas los correctivos correspondientes a que hubiera lugar, a fin de que los procedimientos se adelantan con diligencia, y dentro del término previsto en la Ley 142 de 1994 para la aprobación de las tarifas.

13. Presunta violación del principio de responsabilidad.

Con relación a la presunta violación de este principio y Conforme al numeral 7 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes deben asumir las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

De acuerdo con lo anterior, en virtud del principio de responsabilidad, la CREG debía ser consciente de los graves efectos que podrían tener su decisión. Como consecuencia, el regulador debe asumir las consecuencias por sus decisiones,

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

11 / 70

omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

14. Presunta falla en el servicio (Función regulatoria).

Plantea el recurrente que es evidente que la CREG evadió el cumplimiento completo y adecuado de su función regulatoria, en tanto que no utilizó los instrumentos y facultades legales que tenía a su disposición para corregir los *supuestos errores* encontrados en la información aportada por las empresas.

Indica además el recurso que la Comisión contaba (y cuenta) con un sinnúmero de instrumentos que le han sido otorgados para el cumplimiento de su función de regulación, herramientas que omitió utilizar prefiriendo acudir de manera *afanada, inconsulta y equivocada* a la revocatoria directa, siendo esta la medida más gravosa para las empresas y para el sector en general.

Argumenta que esto representaría una falta gravísima de la Comisión que va en contravía del ejercicio correcto y coherente de la función administrativa, así como de múltiples derechos en cabeza de los agentes regulados, pues según el recurrente resulta claro entonces, que en el ejercicio de la función de regulación, la revocatoria directa de un acto administrativo de carácter general obedece a un mecanismo que únicamente puede y debe proceder por causas excepcionales y taxativas (art. 93, CPACA), las cuales en todo caso, tendrían que estar debidamente demostradas, en la medida que afectan de manera directa el principio de la seguridad jurídica.

Como consecuencia, es evidente que la administración debe propender por hacer efectivas todas las otras facultades y prerrogativas que estén a su alcance para ejercer la función a su cargo, y corregir los diferentes problemas que puedan llegar a presentarse en el curso de la misma.

Se concluye en este aparte indicando que es deber de la CREG proceder conforme a la naturaleza de sus funciones, acudiendo a los instrumentos que existen para el ejercicio correcto de su función, con el fin de cumplir efectivamente los objetivos constitucionales y legales que justificaron su creación. De lo contrario, el servicio estatal de regulación en cabeza de la Comisión estaría en entre dicho y nos enfrentaríamos a una falla en el cumplimiento y/u omisión de los mandatos legales correspondientes.

15. Presunta extralimitación e incoherencia en el ejercicio de las funciones de la CREG.

Advierte el recurrente en este sentido que a la Comisión ya se le había advertido por parte de los agentes del mercado en relación con la realidad del mismo y su desarrollo, aun así, afirma el peticionario, la CREG insistió en expedir la Resolución 202 después de un proceso de análisis iniciado en el año 2008.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

12 / 70

Con posterioridad, modificó la misma a través de diferentes actos, y expidió la función para determinar el valor eficiente de gastos AO&M en la Circular 073 de 2015. Los anteriores, son actos que evidencian una conducta más o menos coherente por parte del regulador que devinieron en los regulados un sinnúmero de expectativas razonables y legítimas relacionadas con las situaciones jurídicas que se crearían a favor de aquellos y, por su puesto, de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

Adicionalmente, señala el recurso la Comisión ya había advertido fallas en la metodología y tenía claro que su corrección y mejoramiento podía hacerse a través de mecanismos menos gravosos como la revocatoria intempestiva a la que procedió.

Afirma, que no resulta comprensible, que después de 8 años desde que la CREG inició los análisis, estudios y socialización de lo que podría ser la metodología para la remuneración de la actividad de distribución de gas combustible por redes de tubería, y que pese a las advertencias del sector, la CREG revoque dicha metodología argumentando que se demostró que *“el supuesto fáctico de madurez de los mercados existentes, tenido en cuenta por él regulados al escoger la metodología de cálculo de costos eficientes a partir del comportamiento histórico, difiere de la realidad observada.*

En consecuencia, es evidente que la revocatoria de la Resolución 093 que sirve de fundamento al acto administrativo de fecha 4 de agosto de 2016, genera los efectos contrarios a los fines constitucionales y legales de la función de regulación.

Por ello, la CREG debe proceder a reconocerle a los regulados el derecho de audiencia y participación, de tal forma que estos, conocedores de las realidades comerciales, técnicas y operativas del mercado, puedan exponérselas al regulador, para que este determine las mejoras a la metodología conforme a realidades que, ha quedado claro, el regulador no ha identificado a lo largo de estos 8 años.

16. Presunta falsa motivación.

Sobre este particular afirma el recurrente que la falsa motivación radica en la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que indujo a la producción de los actos administrativos, y los motivos argüidos o tomados como fuente por la CREG.

En el caso concreto, la Comisión habría incurrido en una falsa motivación no solo en la medida en que la parte motiva de la resolución CREG 093 de 2016 expone hechos que no corresponden con la verdad y que no resultan imputables a GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. sino porque, además, abusa de las atribuciones que le fueron conferidas por la ley.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

13 / 70

En conclusión, señala el peticionario, en el caso particular de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. existe un vicio de falsa motivación tanto en la Resolución CREG 093 de 2016 como en el auto mediante el cual se ordenó el archivo de la actuación administrativa, no solo debido a la falta de consistencia entre las afirmaciones expuestas por el regulador y la realidad, sino además, en la medida que, como consecuencia de lo anterior, la decisión adoptada implica un abuso de las facultades de la Comisión en contra de las empresas frente a las cuales las afirmaciones no resultaban imputables.

17. Presunta violación de la Ley 142 de 1994.

Conforme a los argumentos expuestos a los largo de recurso, y sin aportar elementos puntuales que sustenten su señalamiento, afirma el recurrente que la Comisión incurrió en una violación directa de los siguientes artículos de la Ley 142 de 1994: Art. 2 (fines de la intervención del Estado en los Servicios Públicos), Art. 3 (Instrumentos de intervención), Art. 73 (Funciones y facultades generales de las Comisiones de Regulación), Art. 74 (Funciones especiales de las comisiones de regulación), Art. 87. (Criterios del régimen tarifario), Arts. 106 a 111 y Art. 113 (reglas aplicables a los procedimientos administrativos), Art. 124 (actuación administrativa para fijación de fórmulas tarifarias), Art. 125 (vigencia de las fórmulas tarifarias) y Art. 127 (Actuación administrativa para fijación de nuevas tarifas).

18. Presunta violación del Decreto 2696 de 2004

Manifiesta el recurrente que la revocatoria directa de diferentes apartes de la metodología establecida mediante la Resolución CREG 202 de 2013 no solo implica el desconocimiento de todo el trabajo efectuado por la misma Comisión, junto con las diferentes empresas distribuidoras, sino que, además, implica el reconocimiento por parte de la Comisión de la falla en la función regulatoria a su cargo.

PETICIONES DE GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

1. Se revoque la Resolución CREG 093 de 2016,
2. Se revoque el Auto de fecha 4 de agosto de 2016
3. Se realice un pronunciamiento público por parte de la CREG, por medio del cual se corrijan las afirmaciones falsas y tendenciosas que fueron expuestas en la parte motiva de la Resolución CREG 093 de 2016 en contra de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. en la medida en que las acusaciones y los señalamientos presentados por la Comisión fueron realizados de manera general en contra de todas las empresas distribuidoras sin contar con ningún fundamento fáctico ni jurídico, sin

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

14 / 70

respetar el derecho fundamental al debido proceso, el derecho de defensa, transgrediendo a su vez el derecho al buen nombre y el principio constitucional de buena fe.

4. Se continúe con la actuación administrativa y se proceda a la aprobación de los cargos correspondientes de acuerdo a la metodología establecida en la Resolución CREG 202 de 2013.
5. En caso de que la Comisión considere necesario realizar ajustes a la metodología establecida en la Resolución CREG 202 de 2013, se utilice los instrumentos y las facultades que le son propias a la función regulatoria.
6. Se permita, conforme al principio del debido proceso, que las inconsistencias supuestamente halladas en la información suministrada por algunas empresas, sean corregidas por el respectivo agente.
7. Con relación a los municipios que recibieron recursos públicos para la cofinanciación de la construcción de los sistemas de distribución, se realice un análisis detallado caso por caso, con el fin de que se determine en cuál de estos se realizaron inversiones adicionales que resulten efectivamente ineficientes, y que difieran con el proyecto cofinanciado, de manera tal que solamente en aquellos mercados en donde se compruebe la existencia de inversiones ineficientes, la Comisión limite la aprobación de los cargos conforme a lo establecido en la Resolución CREG 202 de 2013 y de acuerdo con lo establecido en el proyecto de cofinanciación correspondiente.
8. En caso de que una empresa pueda demostrar que un mercado relevante de distribución conformado a partir de la agregación de mercados existentes, incluyendo incluso aquellos que hayan podido ser beneficiarios de recursos públicos, conlleva a que la tarifa disminuya, se permita en consecuencia dicha integración, respetando las reglas correspondientes con relación al reconocimiento de la participación del Estado en esos sistemas de distribución.
9. Respecto a los mercados que no cuentan con el suficiente grado de maduración, se permita continuar con una metodología de costo medio de mediano plazo, de acuerdo con la proyección de la demanda esperada de capacidad y la demanda esperada de volumen efectuada por cada agente, y permitiéndole a cada Distribuidor establecer los mecanismos que considere pertinentes para la gestión del riesgo de demanda.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

15 / 70

PRUEBAS SOLICITADAS POR GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

Manifiesta el recurrente que en caso que la Comisión considere que existen diferencias de información o de apreciación sobre los hechos y afirmaciones que sustentan los argumentos expuestos en el presente recurso, respetuosamente solicito, con fundamento en el artículo 108 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se abra el periodo probatorio correspondiente y consecuentemente se proceda a decretar y practicar un dictamen pericial en el que se fije un perito al cual se le deberán elevar las siguientes preguntas para ser resueltas.

1. ¿La información reportada por la empresa a la CREG es coherente con los datos reportados a través del Sistema Único de Información (SUI) de la SSPD? (explique su respuesta)
2. ¿En la información reportada al SUI, la empresa cuenta con una adecuada separación contable de los costos y gastos propios de la operación de cada una de las actividades desarrolladas por esta? (explique su respuesta).
3. ¿La empresa registra o registró en algún momento, costos y gastos de otras actividades diferentes a D&C dentro de las cuentas del SUI?. ¿fueron depurados dichos costos y gastos en la solicitud tarifaria? (explique su respuesta).
4. ¿Conforme a qué parámetros se realiza el reporte de la información contable en el SUI? ¿PUC?, ¿Resolución de la SSPD?, ¿Circulares de la CREG?, ¿otros? Especificar.
5. ¿Qué gastos y costos se reportaron en la cuenta “otros” y “otras” y qué soportes en cuentas auxiliares se utilizaron?
6. ¿Los valores que fueron registrados en las cuentas “otros” y “otras” superaron el 5% del total de la respectiva cuenta?
7. En los casos en que se excede el porcentaje del 5% la empresa debe registrar la composición de la respectiva subcuenta “otros” a nivel de cuentas auxiliares. ¿la empresa realizó el reporte de esta manera? ¿Dentro de la contabilidad de la empresa existe el nivel de detalle suficiente para determinar la composición de las subcuentas?
8. ¿Cuáles son los ingresos anuales de la Compañía por la actividad de Distribución?
9. ¿Cuáles son los costos asociados a esos ingresos?

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

16 / 70

10. ¿La empresa tiene otros ingresos por otras actividades en su contabilidad?
¿Cuáles y que valor tienen?
11. ¿Qué peso (%) tienen los ingresos por Distribución respecto de la totalidad de los ingresos de la Compañía?
12. ¿Qué peso (%) tienen los ingresos por otras actividades frente a la totalidad de los ingresos de la Compañía?
13. ¿La empresa corresponde a alguna de las 3 empresas que reportaron un ajuste positivo en los gastos de AOM? Ver Res. 093 de 2016 Hoja 8.
14. ¿Los gastos respecto a los ingresos son mayores en las actividades de D&C que en las otras actividades?

ANÁLISIS DE LA CREG

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En una primera instancia, y antes de entrar a considerar de forma individual cada uno de los planteamientos aducidos por el recurrente, consideramos oportuno hacer algunas precisiones conceptuales referidas a la naturaleza jurídica de los dos actos administrativos a los que se refiere de forma reiterada, directa e indirectamente el recurso de reposición presentado y que ahora se atiende, es decir, la Resolución CREG 093 de 2016, contra la que no precede recurso alguno y, el auto de cierre de la actuación particular.

De manera ilustrativa y con el fin de hacer puntual claridad sobre los hitos fundamentales que se deben tener en cuenta para responder el presente recurso, se debe hacer énfasis en tres momentos de forma específica:

1. El 10 de enero de 2014 se incorpora al ordenamiento jurídico la Resolución CREG 202 de 2013, mediante la cual se fija la metodología de la actividad de distribución de gas combustible por red de tuberías en Colombia.
2. El 15 de julio de 2016, se revoca parcialmente la Resolución CREG 202 de 2013, por motivos de interés público, acto en cuya parte considerativa se exponen los motivos de la decisión.
3. Debido a la revocatoria, y a la consecuente falta de elementos determinantes de la metodología, se expiden actuaciones particulares, con el fin de archivar las solicitudes que se encontraban en trámite, actuaciones que por su condición de

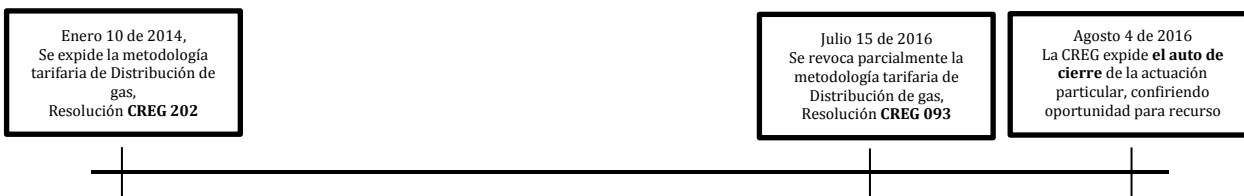
AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

17 / 70

actos particulares tienen la oportunidad procesal del recurso de reposición que ahora se atiende.



Previo la descripción de los anteriores tres hitos, los cuales se deben tener presentes a lo largo del presente análisis, es necesario hacer precisiones conceptuales sobre algunas particularidades propias del proceso que se adelantó, con el fin de aclarar aspectos que como se verá, el recurrente entremezcla de forma reiterada.

Se observa en el cuerpo del recurso de forma permanente, que el recurrente no se centra en el auto de archivo de la actuación particular, que en si es el acto objeto del recurso, sino que por otra parte vincula a la argumentación constantemente la Resolución CREG 093 de 2016, y trata de utilizar la oportunidad procesal del recurso, abierta por la administración en el auto de archivo de las actuaciones particulares, como medio indirecto para objetar las consideraciones que tuvo el regulador al momento de revocar parcialmente la metodología tarifaria vertida en la Resolución CREG 202 de 2013 y que no tiene lugar a recurso, ya que como dispone la normatividad contencioso administra, las revocatorias directas de los actos administrativos no tienen lugar a recurso alguno en sede de vía gubernativa.¹

Igualmente, se debe tener presente que dado que la metodología parcialmente revocada (Res. CREG 202/13), tenía la condición de acto general, el acto revocatorio de esta (Res. CREG 093/16), comporta también esta condición de general, de tal manera que tampoco tendría la posibilidad de ser recurrido mediante vía gubernativa en sede de reposición y/o de apelación.²

De otra parte, el recurrente aborda de forma directa el auto de archivo de la solicitud de aprobación de cargos de distribución de gas combustible por redes para el mercado relevante de distribución conformado por municipios de Atlántico, Magdalena y Cesar,

¹ COLOMBIA, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **Artículo 95. Improcedencia.** Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

² COLOMBIA, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **Artículo 75. Improcedencia.** No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

18 / 70

presentada por la empresa GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. auto que se constituye en una de las consecuencias sustanciales de la revocatoria, y que por su naturaleza particular y de acto definitivo dentro del trámite de las solicitudes, si permite la interposición de recursos de vía gubernativa, como en efecto en este caso se produjo con la presentación del recurso de reposición que ahora responde.³

Igualmente es oportuno demarcar el alcance mismo de los recursos de reposición, es decir, que temas debe comprender este recurso, y a cuales debe restringirse la argumentación del mismo, con el fin de no entrar en materias no comprendidas en la actuación que se pone en reconsideración de la Comisión, so pena de incurrir en falta de congruencia y en la pérdida de unidad de materia exigida en estos casos.

Con el fin de enmarcar las consideraciones preliminares y la disertación a lo largo del presente acto se considera pertinente también analizar el alcance del principio de legalidad de los actos administrativos y el alcance que el mismo tiene frente a los actos administrativos de orden general como lo es la Resolución CREG 093 de 2016, con el fin de establecer que tan oportuna es en este caso referirse a lo señalado en esa resolución.⁴

Así pues se entran a desarrollar en extenso cada una de las consideraciones anteriores.

1.1 La doble naturaleza jurídica de la Resolución CREG 093 de 2016, como acto general y acto revocatorio y las consecuencias que de ello se derivan.

Mediante la Resolución CREG 093 de 2016 la Comisión de regulación de Energía y Gas decidió por las razones que se vierten en el cuerpo mismo de ese acto administrativo, revocar algunos aspectos de la metodología tarifaria de distribución de gas combustible por red de tuberías fijada mediante la resolución CREG 202 de 2013, los aspectos revocados fueron:

El parágrafo 4 del Numeral 5.2 del Artículo 5º de la Resolución CREG 202 de 2013, Modificado por el Artículo 2º de la Resolución CREG 138 de 2015, en atención a la

³ COLOMBIA, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos.** Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: Reposición, apelación y quejan. **Artículo 43. Actos definitivos.** Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.

⁴ COLOMBIA, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo.** Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

19 / 70

causal prevista en el numeral 2 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, relativo a los criterios para la conformación de los mercados relevantes de distribución para el siguiente período tarifario.

La definición de las componentes Qtk, QResk, del numeral 9.1.1.1 de la Resolución CREG 202 de 2013, correspondiente a Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes de Distribución o Agregación de Mercados Existentes de Distribución relacionado al cálculo del cargo de distribución aplicable a los usuarios de uso residencial.

La definición del componente Qtme, (QNoResES+QRes)me, del numeral 9.1.1.2 de la Resolución CREG 202 de 2013, correspondiente a Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Anexar a Mercados Existentes de Distribución Municipios Nuevos también relacionado al cálculo del cargo de distribución aplicable a los usuarios de uso residencial.

El componente Qtk, QResk, del numeral 9.2.1.1 de la Resolución CREG 202 de 2013, modificado por el Artículo 4 de la Resolución CREG 138 de 2014, correspondiente a Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes de Distribución o Agregación de Mercados Existentes de Distribución, referido al calculo del cargo promedio de distribución aplicable a usuarios diferentes a los de uso residencial.

La definición del componente (QNoResRS+QRes)me, QTme, QResme del numeral 9.2.1.2 de la Resolución CREG 202 de 2013, modificado por el Artículo 4 de la Resolución CREG 138 de 2014, correspondiente a Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Anexar a Mercados Existentes de Distribución Municipios Nuevos igualmente relacionado con el calculo del cargo promedio de distribución aplicable a usuarios diferentes a los de uso residencial.

El aparte correspondiente a: *“o de las definidas en el ANEXO 6 pero que se construyeron en Cali, Floridablanca y otros Municipios de Antioquia con posterioridad al establecimiento de normas técnicas superiores a las normas nacionales de construcción”*, del numeral 9.6.2 del artículo 9º de la Resolución CREG 202 de 2013, Unidades Constructivas para la Valoración de la Inversión Programada en nuevas inversiones que fue reconocida y ejecutada en la anterior revisión tarifaria (IPE) o Inversión ejecutada durante el Período Tarifario y no prevista en el Programa de Nuevas Inversiones (INPE).

El numeral 9.7 del artículo 9º de la Resolución CREG 202 de 2013, correspondiente a GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO (AOM).

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

20 / 70

El numeral 9.8 del artículo 9º de la Resolución CREG 202 de 2013, correspondiente a DEMANDAS DE VOLUMEN.

El ANEXO 9 de la Resolución CREG 202 de 2013, Modificado por las Resolución CREG 138 de 2014 y 125 de 2015 correspondiente a OTROS ACTIVOS,

El ANEXO 10 de la Resolución CREG 202 de 2013, Modificado por las Resolución CREG 138 de 2014 y 125 de 2015, correspondiente a METODOLOGÍA PARA ESTABLECER EL COSTO EFICIENTE DE ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO –AOM- DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN DE GAS COMBUSTIBLE,

Los puntos antes mencionados, hacen parte de la metodología tarifaria general fijada mediante la Resolución CREG 202 de 2013, a través de la cual la Comisión estableció los criterios generales para remunerar la actividad de distribución de gas combustible por redes de tubería.

Esta metodología fijó entre otros aspectos los siguientes: i) las reglas para la conformación de sistemas de distribución, ii) las condiciones para establecer los mercados relevantes de distribución para el siguiente período tarifario, iii) Las reglas para la solicitud y aprobación de cargos, iv) la vigencia de los nuevos cargos, v) la metodología de remuneración de la actividad de distribución de gas combustible por redes de tubería, vi) la metodología para el cálculo de los cargos de distribución a partir de los costos medios históricos o costos medios de mediano plazo, vii) la aplicación de la metodología de canasta de tarifas para usuarios diferentes a los de uso residencial, viii) la gradualidad en la aplicación de los nuevos cargos de distribución a usuarios de uso residencial, ix) la fórmula de actualización del cargo de distribución aplicable a usuarios de uso residencial y del cargo promedio de distribución aplicable a usuarios diferentes a los de uso residencial, x) la reposición de activos, xi) la confiabilidad y/o seguridad, xii) Los mercados relevantes de distribución para el siguiente período tarifario en donde hay más de un distribuidor, xiii) la definición de los activos de terceros, xiv) La remuneración por el servicio de distribución por parte de los usuarios no regulados, xv) los aspectos relacionados con las zonas geográficas que dejan de ser áreas de servicio exclusivo por culminación de los contratos de concesión, xvi) La distribución de gas mediante gasoductos virtuales, xvii) Las consideraciones para la conexión de un sistema de distribución a otros sistema de distribución, xviii) El costos unidades constructivas para valorar inversión existente, xix) Las cantidades de unidades constructivas reconocidas como inversión existente, xx) Las unidades constructivas para la valoración de nuevas inversiones, xxi) El costo de las unidades constructivas para la valoración de la inversión de nuevas inversiones, xxi) La metodología para establecer el costo eficiente de administración, operación y mantenimiento –AOM- de la actividad de distribución de gas combustible, xxii) La metodología para la determinación de la proyección de demanda de gas combustible en los municipios nuevos, entre otros aspectos.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

21 / 70

Como se ve, la Resolución CREG 202 de 2013, establece toda una metodología tarifaria dirigida a las personas que, estando organizadas en alguna de las formas dispuestas por el Título I de la Ley 142 de 1994, desarrollan la actividad de distribución de Gas Combustible a través de Sistemas de Distribución, con excepción de aquellos donde la prestación del servicio se haga bajo el esquema de áreas de servicio exclusivo.

En este orden, estamos frente a un **acto administrativo de carácter general**,⁵ **impersonal**,⁶ **objetivo**⁷ y **abstracto**,⁸ mediante el cual se fijan los criterios mediante los cuales se remuneraría la actividad de distribución de gas combustible por red de tubería en el territorio nacional.

Frente a las diferencias entre los diferentes actos administrativos, de acuerdo a la pluralidad de personas a que se dirija el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente lo siguiente:

(...)

“En cuanto a su contenido, los actos administrativos se clasifican en generales, particulares y mixtos. Por actos administrativos de contenido general se entienden aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter impersonal, objetivo, abstracto; no son obligatorios mientras no hayan sido debidamente publicados; contra ellos no proceden recursos en vía gubernativa. En el derecho colombiano se incluyen dentro de esta modalidad, los actos normativos, cuyo prototipo es el decreto reglamentario. Por actos administrativos de contenido particular se entienden aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter personal, subjetivo o concreto; su eficacia depende de que hayan sido debidamente notificados - excepcionalmente comunicados v. gr. nombramientos- y se encuentren en firme; contra ellos, por regla general, proceden recursos en la vía gubernativa. Para eventos en los cuales un acto administrativo incorpore simultáneamente decisiones de contenido general y de contenido particular, esta Corporación ha admitido la existencia de los actos mixtos, cuyo régimen jurídico aplicable es el que corresponda a la naturaleza de la respectiva decisión. En el sistema normativo colombiano actualmente vigente, la revocatoria directa procede frente a los actos administrativos de carácter general y a los de carácter particular, pues, de una parte, las normas que consagran y regulan la institución, no hacen

⁵ RAE. Mayoría de un conjunto de cosas o personas.

⁶ RAE. Que no se aplica a nadie en particular. Que carece de sujeto, sea expreso o tácito.

⁷ RAE. Perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir. Que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce.

⁸ RAE. Que significa alguna cualidad con exclusión del sujeto.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

22 / 70

distinción alguna y, de otra, la Ley 809 de 2.003, cuyo artículo 1° modificó el artículo 71 del C.C.A., hizo referencia expresa al tema. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 21 de marzo de 1.996, expediente número 3575; 18 de marzo de 1.999, expediente número 5253; de 12 de agosto de 1.999, expediente 5500; de 28 de octubre de 1.999, exp. 3443; 16 de febrero de 2001, expediente 3531”⁹

(Subrayas ajenas al texto original de la providencia citada)

(...)

Algunos tratadistas como Luis Enrique Berrocal Guerrero, son más específicos aún en la clasificación que se hace del acto administrativo de orden general, sub clasificándolo en *actos administrativos generales de regulación*, y en este sentido señala que estos son:

(...)

*“Los **actos administrativos generales de regulación** que aquí relacionamos son justamente los que se profieren en desarrollo de la **regulación en estricto sentido** por lo cual son un medio especializado de intervención socio económica que le permite al Estado **fixar condiciones más específicas** o detalladas para el funcionamiento de cada actividad y servicio (específicamente servicios públicos) que el Constituyente ha considerado necesario encausar o **ajustar** su funcionamiento hacia los principios y fines del Estado Social de Derecho y del carácter democrático participativo adoptado en la Constitución Política de 1991 y, con la rapidez y oportunidad requerida, adaptar la normatividad pertinente a las particularidades sustanciales y formales de cada actividad o servicio y a los cambios continuos que les imprime la evolución social, económica y tecnológica en el marco de la globalización.”¹⁰*

(...)

Así las cosas es claro que la Resolución CREG 202 de 2013, es un acto administrativo de carácter general e impersonal, **pues creó, modificó y extinguió situaciones jurídicas de carácter objetivo y abstracto que había fijado la Resolución CREG 011 de 2003.**

En este orden de ideas la Resolución CREG 093 de 2016, por medio de la cual se revocan apartes de la Resolución CREG 202 de 2013, deriva también su naturaleza, en

⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 220651 11001-03-26-000-1994-10227-0110227.

¹⁰ COLOMBIA, Manual del Acto Administrativo, librería ediciones del profesional LTDA, Quinta edición.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

23 / 70

un acto administrativo general, pues de la naturaleza del acto cuestionado, proviene la naturaleza del acto revocatorio.

Una vez aclarada la naturaleza general de la Resolución CREG 093 de 2016, se debe analizar la procedencia de los recursos de reposición en este tipo de eventos, respecto de lo cual advierte el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

(...)

“Artículo 75. Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.”

(Subrayas ajenas al texto original de la norma citada)

(...)

Así pues se concluye en este sentido que contra los actos administrativos de orden general como lo es la Resolución CREG 093 de 2016, no procede en ningún caso el recurso de reposición.

No obstante lo anterior, el carácter de acto general del que esta investida la Resolución CREG 093 de 2016, no es su única condición, ya que este acto **tienen la naturaleza simultanea de acto revocatorio**, actos respecto de los cuales señala el Artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

(...)

Artículo 95. Oportunidad. *La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.*

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

(Subrayas ajenas al texto original de la norma citada)

(...)

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

24 / 70

Se concluye en este sentido que contra los actos mediante los cuales se resuelven una revocatoria directa tampoco procede recurso alguno.

Así las cosas, se tiene que debido a la doble condición que comporta la Resolución CREG 093 de 2016, de **acto general y acto revocatorio**, dicha decisión no es susceptible de ser cuestionada vía recurso de reposición como materialmente lo pretende el recurrente en este caso, en unas oportunidades de forma directa y en otras de forma indirecta.

Se concluye pues, que la interposición de recurso de reposición sobre aspectos de la Resolución CREG 093 de 2016 es improcedente en este caso, y en consecuencia los puntos del presente recurso, en los que se abordan temáticas propias de la Resolución CREG 093 de 2016, no serán objeto de análisis en el desarrollo de esta contestación.

1.2 La presunción de legalidad de los actos administrativos.

Dispone nuestro ordenamiento jurídico, en específico el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre la firmeza de los actos administrativos, la presunción de legalidad y el carácter de ejecutoriedad de los mismos lo siguiente:

(...)

Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

25 / 70

(Subrayas ajenas al texto original de la norma citada)

(...)

Como se vio en el acápite anterior (No. 1.1) de las consideraciones preliminares de la respuesta de este recurso, la Resolución CREG 093 de 2016, es un acto administrativo de carácter general, lo cual implica que la firmeza del mismo se encuentra enmarcada en la primera circunstancia señalada por el artículo 87 del C.P.A.C.A. es decir, cuando contra el acto no proceda ningún recurso, y desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según sea el caso.

Para este efecto la Resolución CREG 093 de 2016 fue publicada en el Diario Oficial No. 49.935 de 15 de julio de 2016, de suerte que se encuentra en firme desde el día 16 de julio de 2016.

Estando en firme un acto administrativo, se presume la legalidad del mismo en la medida en que se asume que este ha emanado de la aplicación de mandatos legales y fue proferida por los funcionarios competentes en estricta aplicación del procedimiento y normatividad correspondientes.

En ese sentido, ha señalado la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1436/00 de 2000, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA:

(...)

“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

26 / 70

contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.”

(Subrayas ajenas al texto original de la providencia citada)

(...)

En el mismo sentido ha sostenido el Consejo de Estado, en sentencia de 02/11/2004, SALA PLENA, PONENTE: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA:

(...)

“...se tiene que el control de legalidad que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa sobre los actos administrativos se da de una sola forma, esto es, examinando la conformidad del acto administrativo sometido a su juicio con las normas superiores que le sirven de fundamento sustancial y formalmente considerado, y como tal se ejerce tanto sobre actos administrativos generales o regla y particulares, de modo que desde el punto de vista de su objeto, lo que puede ser abstracto es la situación jurídica que se examine en tanto los primeros son actos reglas por contener situaciones abstractas e impersonales, mientras que los segundos, como es sabido, contienen situaciones jurídicas individualizadas o subjetivas, concretas. Luego desde ese punto de vista no siempre puede ser abstracto el objeto del control de legalidad. Si se mira desde el contenido de la finalidad del control de legalidad y del contenido de su resultado, se tiene que, éste busca establecer la conformidad o compatibilidad del acto administrativo encausado, esto es, de la situación jurídica general o particular enjuiciada, con el ordenamiento jurídico, y por tanto si debe o no permanecer en él. Por ello, la sentencia que resulte de ese control declarará o negará su nulidad, según lo establece el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo; con lo segundo desaparecerá la situación jurídica contenida en el acto. Es decir, que los efectos de su nulidad, si el acto es general, serán generales o impersonales, por lo que también se les denomina efectos abstractos; pero si es particular, serán igualmente particulares o subjetivos, y de todos modos tendrá efectos jurídicos, incluso con fuerza de cosa juzgada. De modo que si por control de legalidad en abstracto pudiera entenderse que la sentencia haga abstracción de, esto es, que no afecte la situación jurídica - general o individual- creada o contenida en el acto administrativo sub júdice en acción de nulidad, también es un control imposible por cuanto no puede haber

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

27 / 70

sentencia de acción de nulidad que no declare si anula o no dicha situación jurídica, pues ésta, y no otra cosa, es sustancialmente el acto administrativo en tanto acto jurídico. Recuérdese que al tenor del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo “los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo”, lo cual justamente sólo se puede dar en virtud del control de legalidad a cargo de esa jurisdicción.

(Subrayas ajenas al texto original de la providencia citada)

(...)

Así las cosas, se pone de presente que hasta tanto la Resolución 093 de 2016, no sea anulada por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se presume que la misma es conforme a derecho.

Es ese orden de ideas, no es procedente cuestionar la legalidad y la oportunidad de la fundamentación que dio lugar a la Resolución CREG 093 de 2016 mediante la interposición de un recurso de reposición conferido a manera de oportunidad procesal de contradicción sobre otro el acto administrativo diferente, este, el de cierre de las actuaciones particulares de solicitudes de cargos.

En tal sentido no se procederá en la presente exposición a dar trámite a los argumentos que contengan señalamientos directos o indirectos a la motivación de la Resolución CREG 093 de 2016, pues esta goza de la plena presunción de legalidad.

1.3 Naturaleza jurídica del Auto de cierre de las actuaciones administrativas.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

28 / 70

Además de revocar algunos aspectos de la metodología tarifaria de distribución de gas combustible por red de tuberías fijada mediante la resolución CREG 202 de 2013, la Resolución CREG 093 de 2016 también procedió en su artículo 11º a ordenar el archivo para las solicitudes tarifarias de los mercados relevantes de distribución de gas combustible por red de tuberías existentes, que cumplieron periodo tarifario y que realizaron el proceso de reporte de información correspondiente, o que no hubieren cumplido pero que decidieron acogerse a lo establecido en el numeral 6.5. de la Resolución CREG 202 de 2013.

Como consecuencia de dicho mandato, la Comisión procedió a expedir actuaciones administrativas individuales mediante las cuales se ordenó el archivo de cada una de las solicitudes de aprobación de cargos de distribución de gas combustible por redes para los diferentes mercados relevantes debido a que los apartes revocados, al ser esenciales en la metodología, impedían la aplicación de la misma, haciendo improcedente la continuación de la actuación particular.

En este orden el Consejo de Estado en providencia de 01/06/2016, Sección Cuarta, Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia, reiteró sobre las características del acto administrativo de carácter particular, en contraposición del general, que este se refiere a una situación concreta en la que se aplica lo dispuesto en un acto general, de tal manera que materializa la ley o el reglamento en un caso específico así:

(...)

*“...Vale la pena resaltar las siguientes diferencias entre uno y otro acto: (i) El de contenido general manda, prohíbe y sanciona, es decir que es un acto normativo (reglamento) que crea, modifica o extingue una situación de un grupo indeterminado de personas frente a una norma de derecho. El de contenido particular se refiere a una situación particular en la que aplica lo dispuesto en el acto general, así que materializa la ley o el reglamento en un caso específico; significa que crea, modifica o extingue una situación para una o varias personas determinadas. (ii) El acto normativo surge del ejercicio de la facultad reglamentaria que tienen los diferentes funcionarios que componen la administración del orden nacional, departamental, distrital y municipal. A su turno, el acto administrativo particular se expide como consecuencia del ejercicio de una petición en interés particular o para el cumplimiento de una obligación o de un deber legal o de oficio. (iii) **El acto general se publica y no es susceptible de ningún recurso; el particular se notifica y, por regla general, es susceptible de recursos.**”*

(Subrayas y negrillas ajenas al texto original de la providencia citada)

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

29 / 70

(...)

De esta manera, en observancia del precepto jurisprudencial, en el caso concreto el auto de cierre de las actuaciones administrativa seguía el lineamiento que de forma expresa ordenó otro acto administrativo, de orden general (La revocatoria directa de la Res. CREG 202 de 2013) es decir, el auto de cierre, en este caso solo se dirigía a extinguir la actuación particular que se adelantaba a la empresa GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. con el fin de dar las mayores garantías posibles al interesado, el cual fue debidamente notificado y se abrió a la vía gubernativa que en estos momentos se atiende.

Así pues, es evidente que estamos frente a dos actos administrativos independientes con naturalezas y objetivos perfectamente diferenciados, el primero, la revocatoria directa, con el objeto de suprimir apartes de la metodología de distribución, y el segundo, un auto particular cuyo objeto es el cierre de una actuación concreta en desarrollo de un mandato general debidamente ejecutoriado y en observancia del artículo 89 del C.P.A.C.A., con el fin de brindar al interesado las oportunidades procesales suficientes en salvaguarda de sus derechos de contradicción.

(...)

Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.

(Subrayas ajenas al texto original de la norma citada)

(...)

En este sentido se concluye que solo es procedente atender en esta contestación, aquellos aspectos que hacen parte de la sustentación y decisión vertida en el auto de cierre, por ser este el que admite la vía gubernativa.

1.4 Alcance del Recurso de Reposición.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

30 / 70

Los recursos de reposición son procedentes contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica,¹¹ que hayan sido proferidos por autoridades que no tengan superior jerárquico y que ponen fin a una actuación administrativa.

Debe entenderse entonces, que en el presente caso el peticionario presenta recurso de reposición contra el auto de cierre de la actuación administrativa el cual contiene su propia motivación requisito *sine qua non* para este tipo de decisiones, procedimiento que se surtió de la siguiente forma:

(...)

Estando en curso la respectiva actuación administrativa y sin que se hubiera resuelto de fondo, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la Resolución CREG 093 de 2016 revocó apartes de la metodología definida en la Resolución CREG 202 de 2013, relacionados con: (i) gastos de administración, operación y mantenimiento (AOM), (ii) Otros Activos, (iii) mercados financiados con recursos públicos, y (iv) demanda, entre otros.

Los apartes revocados impiden la aplicación de la metodología en cuestión y, por tanto, hacen improcedente la continuación de la mencionada actuación.

En consecuencia el artículo 11 de la Resolución CREG 093 de 2016 ordenó archivar las actuaciones administrativas iniciadas para las solicitudes tarifarias de los mercados relevantes de distribución de gas combustible por red de tuberías existentes, que cumplieron periodo tarifario y que realizaron el proceso de reporte de información correspondiente, o que no hubieren cumplido pero que decidieron acogerse a lo establecido en el numeral 6.5. de la Resolución CREG 202 de 2013.

¹¹ COLOMBIA, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

(...)

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Artículo 242. Reposición. Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica.

Artículo 246. Súplica. El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

31 / 70

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO. Archivar en el estado en que se encuentre la actuación administrativa iniciada con fundamento en la solicitud de la empresa GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. para la aprobación de cargos de distribución del servicio domiciliario de gas combustible por redes para el mercado relevante conformado por municipios que se indican a continuación

(...)

Como se ve, la motivación del cierre de la actuación fue fundamentalmente el hecho objetivo, que los apartes revocados de la Resolución CREG 202 de 2013, eran de la esencia misma de la metodología tarifaria, y sin los cuales la metodología pierde aplicabilidad material, haciendo inocua la continuación de las actuaciones particulares de cálculo las tarifas, de tal manera que solo hasta tanto se complete la metodología y ya con todos los elementos definidos se preceda a la evaluación y el cálculo de cada una de las tarifas.

Así pues, en la contestación del presente recurso solo se abordaran aspectos relacionados con la fundamentación depositada en el auto de cierre de la actuación y no argumentos que se dirijan a controvertir la resolución revocatoria.

2. ANÁLISIS INDIVIDUAL DE LOS ARGUMENTOS PROPUESTOS EN EL RECURSO.

2.1. PROCEDENCIA DE LOS ARGUMENTOS

Teniendo en cuenta las consideraciones y criterios previamente desarrollados, no serán tenidos en cuenta en la evaluación del recurso de reposición interpuesto, las consideraciones relacionadas directa o indirectamente con la Resolución CREG 093 de 2016, por cuanto estos aspectos deben hacer parte de otro tipo de acciones ante otras instancias.

A continuación se procede a separar la argumentación pertinente de la impertinente en cada uno de los puntos propuestos por el recurrente.

Sobre el argumento No. 1 propuesto por el recurrente. Consideraciones preliminares del recurso relacionadas con la supuesta negación del regulador de su propia naturaleza, derivando en una falla en el servicio de regulación.

Argumentación propuesta en el recurso	
Improcedente	Procedente

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

32 / 70

<p>En este sentido sostiene el recurrente que la CREG en su condición de agencia estatal especializada en el sector de gas, después de 8 años de estudio e intercambio de información, decidió revocar de manera unilateral y oficiosa una metodología tarifaria que ya se encontraba vigente, sin aceptar su propia falla, justificando su conducta en una falta de información y en una supuesta información incorrecta, en la que al parecer algunos agentes, diferentes del recurrente, incurrieron, sin que el regulador especializado y con amplias facultades pudiera hacer algo diferente de quebrar la confianza legítima en un organismo de carácter técnico, mediante la revocatoria de la Resolución CREG 202 de 2013.</p> <p>De otra parte señala el recurso que si bien el regulador puede considerar que su propia señal resultó un error, y al mismo tiempo que ese error derivó en una serie de comportamientos que es necesario corregir, lo que no puede hacer es darle un efecto retroactivo, desconociendo que dichas inversiones no tenían asociado un criterio de eficiencia diferente de aquel que cada operador considerara como válido al momento de tender la línea.</p>	<p>Finalmente manifiesta el peticionario en este aparte, que el archivo de la actuación administrativa, niega de manera general la naturaleza del regulador, su función especialísima respecto de un sector sensible de la economía, ya que de un tajo iguala una metodología tarifaria con un acto administrativo puro y simple, sin considerar los parámetros existentes para este tipo de actos en la Ley 142 de 1994, ni los efectos que respecto de la institucionalidad tiene este tipo de decisiones.</p>
<p>Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.</p>	<p>Pertinente para en el análisis del recurso interpuesto contra el auto de cierre de la actuación particular.</p>

Sobre el argumento No. 2 propuesto por el recurrente. Descripción de los hechos que antecedieron la decisión de revocar la Resolución CREG 202 de 2013, y la supuesta ilegalidad de la decisión del archivo de las solicitudes.

Argumentación propuesta en el recurso



Av. Calle 116 No. 7-15 Int. 2. Oficina 901
Edificio Cusezar Bogotá, D.C., Colombia
(1) 6032020 / Fax: (1) 6032100
creg@creg.gov.co
www.creg.gov.co

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

33 / 70

Improcedente	Procedente
<p>Como fundamentos facticos del recurso de reposición presentado, el recurrente desarrolla una pormenorizada relación de hechos, iniciando en la expedición de la Resolución CREG 011 de 2003, mediante la cual se expidió la metodología tarifaria de distribución de gas combustible por red de tubería que precedió a la implementada mediante la Resolución CREG 202 de 2013, mencionando hitos como la expedición de las bases metodológicas que se presentaron, los modelos metodológicos usados en el pasado así como los propuestos en la nueva metodología.</p> <p>Igualmente se describen aspectos como la propuesta de remuneración de la actividad de comercialización y las razones por las cuales el regulador escogió los parámetros que finalmente se usaron en la metodología fijada mediante la Resolución CREG 202 de 2013.</p> <p>Se señalan adicionalmente en este aparte, cada uno de los pasos surtidos desde el inicio de las actuaciones particulares tendientes a la actualización de cargos con la nueva metodología, el momento mismo en que se fijó el cronograma de presentación de las solicitudes, fijado mediante la Circular CREG 111 de 2015, la confirmación de la solicitud mediante el aplicativo dispuesto para tal fin y los requerimientos efectuados.</p> <p>Nuevamente, se reiteran de parte del recurrente afirmaciones en el sentido que la Comisión, aparentemente apartándose de todos los antecedentes, estudios, discusiones y talleres que precedieron la</p>	<p>Así mismo se señala en el recurso interpuesto, que las razones de hecho y de derecho expuestas por la CREG para justificar el archivo de la actuación administrativa, se limitaron a señalar que dada la revocatoria de diferentes aparates de la Resolución CREG 202 de 2013, la metodología tarifaria no podía ser aplicada y, por lo tanto, resultaba improcedente la continuación de la actuación, lo cual según el recurrente implicaría una violación directa del Derecho Fundamental al Debido Proceso, al Derecho Fundamental de Petición, al Derecho Fundamental al Buen Nombre, al Derecho de Defensa, al Principio de Legalidad y al Principio de la Buena Fe, asimismo, constituye una transgresión de diferentes principios de rango constitucional conforme a los cuales la administración debe actuar, sin desarrollar en este aparte las razones que motivan estas afirmaciones.</p>

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

34 / 70

<p>estructuración de la metodología tarifaria, e incluso, contrariando sus propios actos y argumentos, mediante la Resolución CREG 093 de 2016 decidió revocar diferentes apartes de la metodología tarifaria establecida en la Resolución CREG 202 de 2013 y ordenó, al decir del recurrente, violando diferentes derechos y principios de rango constitucional, el archivo de las actuaciones administrativas iniciadas en virtud de las solicitudes tarifarias.</p> <p>Finaliza el interesado este punto de antecedentes indicando que sería evidente que la expedición de un auto mediante el cual se ordena el archivo de la actuación administrativa, con fundamento en un acto administrativo de carácter general que supone a su vez la violación del derecho fundamental al debido proceso, del derecho de defensa, del principio de legalidad y del principio de la buena fe, implica que dicho acto particular devenga de igual forma ilegal, pues replica la transgresión de los derechos y principios mencionados.</p>	
<p>Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.</p>	<p>Pertinente para en el análisis del recurso interpuesto contra el auto de cierre de la actuación particular.</p>

Sobre el argumento No. 3 propuesto por el recurrente. Presunta violación del principio de legalidad.

Argumentación propuesta en el recurso

Señala el recurrente en este sentido que si un acto administrativo por el cual se pretende realizar la revocatoria directa de una metodología tarifaria, no cuenta con el fundamento jurídico adecuado y, por el contrario, se basa en argumentos falsos, se

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

35 / 70

genera una violación al principio de legalidad. Y sigue señalando que si la Comisión no se somete a las normas y reglas que el legislador ha definido (Ley 142 de 1994), el acto administrativo que expida, se encontraría viciado de ilegalidad y por consiguiente, resultaría inválido.

En este sentido manifiesta el recurrente, cuando la administración en ejercicio de su función regulatoria, decidió optar por la revocatoria directa de la metodología tarifaria prevista en la Resolución CREG 202 de 2013, sin tener en cuenta lo establecido en la Ley 142 de 1994, con fundamento en afirmaciones que no son ciertas, que no son atribuibles a todas las empresas, desconociendo además el derecho al debido proceso, el derecho de defensa, entre otros, es evidente entonces que se produce una violación al principio de legalidad.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

Sobre el argumento No. 4 propuesto por el recurrente Presunta violación al principio fundamental de debido proceso.

Argumentación propuesta en el recurso	
Improcedente	Procedente
Argumenta en este sentido recurrente que respecto de este derecho fundamental en el caso particular, la supuesta transgresión se habría materializado en la medida en que la Comisión tomó la decisión de revocar parcialmente la metodología tarifaria prevista en la Resolución CREG 202 de 2013 y ordena el archivo de las actuaciones administrativas, con base en el supuesto hallazgo de diferentes fallas e inconsistencias en la información reportada por los distribuidores, pero sin haber notificado éstas a cada una de las empresas en cuestión y, peor aún, sin que a las mismas se les hubiese dado la oportunidad de exponer los argumentos en su defensa, o bien, de corregir las supuestas irregularidades encontradas. En	<p>Igualmente se señala en este sentido que frente al auto de fecha 4 de agosto de 2016 la violación al debido proceso también se presenta ya que el auto que ahora se repone se limita a señalar que, en razón de la revocatoria, la metodología resulta inaplicable y, por lo tanto, se debe proceder al archivo de la actuación administrativa correspondiente a la solicitud tarifaria, sin permitir el ejercicio al derecho de defensa ni tampoco la posibilidad de practicar pruebas para desvirtuar las acusaciones realizadas por el regulador.</p> <p>Se concluye en este sentido que en este caso concreto, la expedición de la Resolución CREG 093 de 2016, un acto</p>

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

36 / 70

<p>otras palabras, se violó el debido proceso pues no se permitió a las empresas contradecir ninguna de las afirmaciones y graves señalamientos expuestos en su contra.</p>	<p>administrativo de carácter general, pero a través del cual se tomó una decisión que tiene efectos individuales, en tanto ordena el archivo de las actuaciones administrativas particulares, lo cual afirma el peticionario, implica una violación directa al debido proceso.</p> <p>Adicional a lo anterior advierte el recurrente, que la Resolución CREG 093 de 2016 y el auto citado implican el desconocimiento del procedimiento establecido expresamente en la Ley 142 de 1994 para la determinación de las metodologías, tarifarias. Consecuentemente, supone la violación del Decreto 2696 de 2004 mediante el cual se definieron las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación.</p>
<p>Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.</p>	<p>Pertinente para en el análisis del recurso interpuesto contra el auto de cierre de la actuación particular.</p>

Sobre el argumento No. 5 propuesto por el recurrente. Presunta violación al derecho fundamental de petición.

Argumentación propuesta en el recurso	
Improcedente	Procedente
<p>En este sentido expresa el recurso que la aparente violación se presenta debido a que, no obstante la solicitud de aprobación de cargos fue realizada de manera particular por la empresa, y para el efecto se dio inicio a una actuación administrativa particular, las razones específicas y que</p>	<p>Por otro lado, indica el recurrente que la CREG no solo no dio respuesta a la solicitud tarifaria, sino que tampoco respetó el procedimiento establecido en la Ley 142 de 1994 para el efecto e ignoró las garantías a favor la empresa, sino que además, la decisión de archivar la</p>

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

37 / 70

<p>eventualmente pudieran haber sido oponibles al peticionario para revocar parcialmente la Resolución CREG 202 de 2013 y dar por terminada la actuación administrativa, nunca fueron informadas a la empresa; asimismo, nunca se permitió a la empresa presentar pruebas para argumentar su defensa o rebatir aquellas aducidas en su contra.</p>	<p>actuación administrativa, solo fue comunicada luego de 10 meses de haber sido presentada la solicitud, con lo cual obviamente la respuesta a la que tenía derecho la Compañía fue completamente inoportuna, desconociendo el plazo expresamente establecido en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994.</p>
<p>Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.</p>	<p>Pertinente para en el análisis del recurso interpuesto contra el auto de cierre de la actuación particular.</p>

Sobre el argumento No. 6 propuesto por el recurrente. Presunta violación al derecho fundamental al buen nombre.

Argumentación propuesta en el recurso

Se argumenta en este aparte del recurso que en la Resolución CREG 093 de 2016, la Comisión en reiteradas oportunidades manifiesta que la decisión de revocar parcialmente la Resolución CREG 202 de 2013, se debe a la supuesta existencia de fallas o inconsistencias en la información que fue reportada por las empresas, pero sin especificar al agente responsable de las mismas.

En este sentido, el regulador había realizado múltiples señalamientos y generalizaciones, que implican una violación directa al buen nombre de aquellas empresas respecto de las cuales las acusaciones expuestas por la Comisión no resultan imputables, como en el caso de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. En efecto, ninguno de los graves señalamientos expuestos por la Comisión puede ser atribuido a esta empresa, quien, señala el recurrente, siempre ha dado estricto cumplimiento a la regulación.

Continúa el recurrente afirmando que para efectos de respetar el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y el derecho al buen nombre, la Comisión tenía la obligación de proceder a notificar de manera individualizada a cada una de las empresas, el resultado del análisis hecho en cada caso en particular, de tal forma que cada empresa tuviera a su vez la oportunidad de conocer dicho análisis, y de ser el caso, de actualizar y/o rectificar la información a que hubiese lugar.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

38 / 70

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

Sobre el argumento No. 7 propuesto por el recurrente. Presunta violación del Principio de la Buena Fe, Confianza Legítima como expresión del principio de la Buena Fe y Violación del principio de respeto por el acto propio

Argumentación propuesta en el recurso

Argumenta el recurrente que aparentemente la Comisión ha violado el Principio de la Buena fe y consecuentemente los sub-principios de Confianza Legítima como expresión del principio de la Buena Fe y el principio de respeto por el acto propio antes mencionados en la medida que, primero, al revocar de manera abrupta la Resolución CREG 202 de 2013 se transgredió la confianza legítima que las empresas distribuidoras tenían con relación a la aplicación de la metodología tarifaria; y segundo, debido a que las razones expuestas por la Comisión para tomar la decisión, implican el desconocimiento y la transgresión de sus propios actos.

Se reclama entonces por el peticionario la violación al principio de buen fe en la medida que GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. confiando de manera sana y transparente en las actuaciones de la CREG, desplegó actividades o asumió conductas con el convencimiento de estar amparadas jurídicamente, pero que finalmente fueron desconocidas por la misma entidad a pesar de haber emitido signos externos que dieron lugar a que la empresa adquiriera esa certeza en proceso de construcción de la metodología tarifaria.

En consecuencia, afirma el peticionario, debido a que con la metodología establecida en la Resolución 202 la CREG creó señales claras para los agentes del mercado de distribución de gas y, por lo tanto, generó en ellos expectativas legítimas en relación a la tarifa a la que tendrían derecho por la prestación del servicio de distribución de gas combustible, la Comisión debería proceder a individualizar el resultado del análisis hecho en cada caso en particular de la información reportada, para que cada empresa dentro de un plazo razonable pudiera corregir las supuestas inconsistencias, conforme los medios e instrucciones otorgados por la CREG, y así proceder a dar aplicación a la metodología de la Resolución CREG 202 de 2013.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

39 / 70

Sobre el argumento No. 8 propuesto por el recurrente. Presunta violación del principio del respeto por el acto propio.

Argumentación propuesta en el recurso

Plantea el recurrente que en virtud de los principios de la buena fe y de la confianza legítima, *“el ordenamiento jurídico considera inadmisibles contrariar conductas pasadas, al punto que restringe el ejercicio de un derecho subjetivo, cuando el derecho que se pretende hacer valer se encuentra en evidente contradicción con una conducta anterior. En palabras de la Corte Constitucional, así el cambio de criterio sea lícito (de hecho, aun formalmente válido, piensa la Sala) se prohíbe volver sobre actos propios porque eso no solo es un abuso del derecho propio, sino que menoscaba el derecho de la parte que ajustó su conducta a la confianza que le generó la actuación de su contraparte.”*

Al decir del recurrente la actuación de la CREG es inadmisibles porque, además de que resulta materialmente contraria a derecho en la medida que supone la violación directa de diferentes principios y derechos de rango constitucional, implica un cambio intempestivo de posición jurídica que atenta contra el principio de la buena fe, de la seguridad jurídica, el principio de confianza legítima y el principio que exige respeto por los actos propios.

Posteriormente afirma, que la manera en que la Comisión tomó la decisión de revocar la Resolución CREG 202 de 2013 y ordenó el archivo de las actuaciones administrativas, constituye una decisión incoherente, arbitraria, inconsulta y desproporcionada, que contraviene a su vez todos los actos efectuados por el regulador desde el año 2008, desconoce todo el proceso que precedió la expedición de la metodología tarifaria y, por lo tanto, supone el reconocimiento de una falla en el ejercicio de su función regulatoria.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

Sobre el argumento No. 9 propuesto por el recurrente. Presunta violación del principio de participación.

Argumentación propuesta en el recurso

Expone el recurrente que de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en virtud del principio de participación, las autoridades deben

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

40 / 70

promover y atender las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Así las cosas, se evidenciaría que la decisión adoptada por la CREG con relación a revocar parcialmente la Resolución CREG 202 de 2013 y archivar la actuación administrativa iniciada por GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. supone una transgresión directa al principio de participación, pues desconoce el largo proceso de discusión que tuvo la estructuración de la metodología tarifaria, entre la administración (CREG) y los administrados (agentes).

Adicional a lo anterior, sostiene el peticionario, la Comisión negó el derecho a participar en la decisión final adoptada mediante la Resolución CREG 093 de 2016, limitando cualquier posibilidad a discutir alternativas frente a los supuestos problemas evidenciados. En este sentido, de acuerdo son el principio de participación, la CREG debía haber tenido en cuenta a las empresas distribuidoras en los procesos de deliberación, evaluación, y análisis de la situación, de manera que la decisión hubiese sido discutida previamente, dando oportunidad de plantear alternativas diferentes y menos gravosas para las empresas.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

Sobre el argumento No. 10 propuesto por el recurrente. Presunta violación de los principios de publicidad y transparencia.

Argumentación propuesta en el recurso	
Improcedente	Procedente
Afirma el recurrente que es evidente que, la manera en que estratégicamente la CREG decidió revocar la metodología mediante un acto general contra el cual no procedía ningún recurso, sin respetar el derecho al debido proceso, ni el derecho de defensa, hicieron nugatorios e impracticables todos los derechos y principios a favor de las empresas interesadas para rebatir, discutir y replantear las afirmaciones realizadas por	Por otro lado aduce el recurrente que, informar la decisión de archivar la actuación administrativa mediante un auto particular en el que no se exponen las razones específicas y solamente se hace referencia a la Resolución CREG 093 de 2016, se hicieron nugatorios e impracticables todos los derechos y principios a favor de las empresas interesadas para rebatir, discutir y replantear las afirmaciones realizadas por

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

41 / 70

la Comisión, desconociendo los principios de transparencia, publicidad y buena fe.	la Comisión, desconociendo los principios de transparencia, publicidad y buena fe.
Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.	Pertinente para en el análisis del recurso interpuesto contra el auto de cierre de la actuación particular.

Sobre el argumento No. 11 propuesto por el recurrente. Presunta violación al principio de coordinación.

Argumentación propuesta en el recurso
<p>Señala el recursos que se atiende, que es evidente que la CREG desconoce el principio de coordinación, pues a pesar las funciones y facultades reconocidas en la Ley 142 de 1994 a su cargo, no ejerció las mismas de manera armónica y coordinada con aquellas funciones a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues para efectos de analizar la información de los gastos AOM por ejemplo, la cual es reportada por las empresas directamente al SUI, administrado por esa superintendencia, nunca tuvo en cuenta cuál era la posición de dicha entidad frente a la información.</p> <p>De igual forma, señala, no es posible entender cómo es que la Comisión y la Superintendencia no se habían dado cuenta de las supuestas inconsistencias en la información reportada por algunas empresas.</p> <p>Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.</p>

Sobre el argumento No. 12 propuesto por el recurrente. Presunta violación de los principios de economía, eficacia y celeridad.

Argumentación propuesta en el recurso
<p>A este respecto señala el recurrente que, en virtud del principio de eficacia, la CREG debió haber buscado que el procedimiento iniciado para la aprobación de las tarifas lograra su finalidad, para lo cual, podía haber requerido a las empresas para que rectificaran la información inconsistente, y consecuentemente se pudiera sanear las</p>

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

42 / 70

supuestas irregularidades, en procura de la efectividad del derecho material objeto de las actuaciones administrativas.

Por su parte, en virtud del principio de economía, la CREG debió haber procedido diligente y eficientemente, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos, facultades y prerrogativas reconocidas a su favor en la ley, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las empresas que sí habían cumplido a cabalidad con la regulación como es el caso de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

Finalmente, en virtud del principio de celeridad, señala el recurrente, desde el momento en que encontró las supuestas inconsistencias, la Comisión debió haber impulsado oficiosamente los procedimientos, solicitando a las empresas respectivas los correctivos correspondientes a que hubiera lugar, a fin de que los procedimientos se adelantan con diligencia, y dentro del término previsto en la Ley 142 de 1994 para la aprobación de las tarifas.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

Sobre el argumento No. 13 propuesto por el recurrente. Presunta violación del principio de responsabilidad.

Argumentación propuesta en el recurso

Con relación a la presunta violación de este principio y Conforme al numeral 7 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes deben asumir las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

De acuerdo con lo anterior, en virtud del principio de responsabilidad, la CREG debía ser consciente de los graves efectos que podrían tener su decisión. Como consecuencia, el regulador debe asumir las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

43 / 70

Sobre el argumento No. 14 propuesto por el recurrente. Presunta falla en el servicio (Función regulatoria).

Argumentación propuesta en el recurso

Plantea el recurrente que es evidente que la CREG evadió el cumplimiento completo y adecuado de su función regulatoria, en tanto que no utilizó los instrumentos y facultades legales que tenía a su disposición para corregir los *supuestos errores* encontrados en la información aportada por las empresas.

Indica además el recurso que la Comisión contaba (y cuenta) con un sinnúmero de instrumentos que le han sido otorgados para el cumplimiento de su función de regulación, herramientas que omitió utilizar prefiriendo acudir de manera *afanada, inconsulta y equivocada* a la revocatoria directa, siendo esta la medida más gravosa para las empresas y para el sector en general.

Dice el recurrente que esto representaría una falta gravísima de la Comisión que va en contravía del ejercicio correcto y coherente de la función administrativa, así como de múltiples derechos en cabeza de los agentes regulados, pues según el recurrente resulta claro entonces, que en el ejercicio de la función de regulación, la revocatoria directa de un acto administrativo de carácter general obedece a un mecanismo que únicamente puede y debe proceder por causas excepcionales y taxativas (art. 93, CPACA), las cuales en todo caso, tendrían que estar debidamente demostradas, en la medida que afectan de manera directa el principio de la seguridad jurídica.

Como consecuencia, es evidente que la administración debe propender por hacer efectivas todas las otras facultades y prerrogativas que estén a su alcance para ejercer la función a su cargo, y corregir los diferentes problemas que puedan llegar a presentarse en el curso de la misma.

Se concluye en este aparte indicando que es deber de la CREG proceder conforme a la naturaleza de sus funciones, acudiendo a los instrumentos que existen para el ejercicio correcto de su función, con el fin de cumplir efectivamente los objetivos constitucionales y legales que justificaron su creación. De lo contrario, el servicio estatal de regulación en cabeza de la Comisión estaría en entre dicho y nos enfrentaríamos a una falla en el cumplimiento y/u omisión de los mandatos legales correspondientes.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

44 / 70

Sobre el argumento No. 15 propuesto por el recurrente. Presunta extralimitación e incoherencia en el ejercicio de las funciones de la CREG.

Argumentación propuesta en el recurso

Advierte el recurrente en este sentido que a la Comisión ya se le había advertido por parte de los agentes del mercado en relación con la realidad del mismo y su desarrollo, aun así, afirma el peticionario, la CREG insistió en expedir la Resolución 202 después de un proceso de análisis iniciado en el año 2008.

Con posterioridad, modificó la misma a través de diferentes actos, y expidió la función para determinar el valor eficiente de gastos AO&M en la Circular 073 de 2015. Los anteriores, son actos que evidencian una conducta más o menos coherente por parte del regulador que devinieron en los regulados un sinnúmero de expectativas razonables y legítimas relacionadas con las situaciones jurídicas que se crearían a favor de aquellos y, por su puesto, de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

Adicionalmente, señala el recurso la Comisión ya había advertido fallas en la metodología y tenía claro que su corrección y mejoramiento podía hacerse a través de mecanismos menos gravosos como la revocatoria intempestiva a la que procedió.

Afirma, que no resulta comprensible, que después de 8 años desde que la CREG inició los análisis, estudios y socialización de lo que podría ser la metodología para la remuneración de la actividad de distribución de gas combustible por redes de tubería, y que pese a las advertencias del sector, la CREG revoque dicha metodología argumentando que se demostró que *“el supuesto fáctico de madurez de los mercados existentes, tenido en cuenta por él regulados al escoger la metodología de cálculo de costos eficientes a partir del comportamiento histórico, difiere de la realidad observada.*

En consecuencia, es evidente que la revocatoria de la Resolución 093 que sirve de fundamento al acto administrativo de fecha 4 de agosto de 2016, genera los efectos contrarios a los fines constitucionales y legales de la función de regulación.

Por ello, la CREG debe proceder a reconocerle a los regulados el derecho de audiencia y participación, de tal forma que estos, conocedores de las realidades comerciales, técnicas y operativas del mercado, puedan exponérselas al regulador, para que este determine las mejoras a la metodología conforme a realidades que, ha quedado claro, el regulador no ha identificado a lo largo de estos 8 años.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

45 / 70

actuaciones.

Sobre el argumento No. 16 propuesto por el recurrente. Presunta falsa motivación.

Argumentación propuesta en el recurso

Sobre este particular afirma el recurrente que la falsa motivación radica en que la Comisión habría incurrido en una falsa motivación no solo en la medida en que la parte motiva de la resolución CREG 093 de 2016 expone hechos que no corresponden con la verdad y que no resultan imputables a GASES DEL CARIBE S.A., E.S.P., sino porque, además, abusa de las atribuciones que le fueron conferidas por la ley.

En conclusión, señala el peticionario, en el caso particular de GASES DEL CARIBE S.A., E.S.P., existe un vicio de falsa motivación tanto en la Resolución CREG 093 de 2016 como en el auto mediante el cual se ordenó el archivo de la actuación administrativa, no solo debido a la falta de consistencia entre las afirmaciones expuestas por el regulador y la realidad, sino además, en la medida que, como consecuencia de lo anterior, la decisión adoptada implica un abuso de las facultades de la Comisión en contra de las empresas frente a las cuales las afirmaciones no resultaban imputables.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

Sobre el argumento No. 17 propuesto por el recurrente. Presunta violación de la Ley 142 de 1994.

Argumentación propuesta en el recurso

Conforme a los argumentos expuestos a los largo de recurso, y sin aportar elementos puntuales que sustenten su señalamiento, afirma el recurrente que la Comisión incurrió en una violación directa de los siguientes artículos de la Ley 142 de 1994: Art. 2 (fines de la intervención del Estado en los Servicios Públicos), Art. 3 (Instrumentos de intervención), Art. 73 (Funciones y facultades generales de las Comisiones de Regulación), Art. 74 (Funciones especiales de las comisiones de regulación), Art. 87. (Criterios del régimen tarifario), Arts. 106 a 111 y Art. 113 (reglas aplicables a los procedimientos administrativos), Art. 124 (actuación administrativa para fijación de fórmulas tarifarias), Art. 125 (vigencia de las fórmulas tarifarias) y Art. 127 (Actuación

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

46 / 70

administrativa para fijación de nuevas tarifas).

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

Sobre el argumento No. 18 propuesto por el recurrente. Presunta violación del Decreto 2696 de 2004

Argumentación propuesta en el recurso

Manifiesta el recurrente que la revocatoria directa de diferentes apartes de la metodología establecida mediante la Resolución CREG 202 de 2013 no solo implica el desconocimiento de todo el trabajo efectuado por la misma Comisión, junto con las diferentes empresas distribuidoras, sino que, además, implica el reconocimiento por parte de la Comisión de la falla en la función regulatoria a su cargo.

Los anteriores argumentos no son procedentes pues están dirigidos a controvertir la revocatoria de la Resolución CREG 093 de 2016 y no el auto de cierre individual de las actuaciones.

2.2. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS PROCEDENTES

En lo que respecta a los argumentos que se han encontrado procedentes, se observa unidad de materia en algunos argumentos, los cuales serán atendidos de forma conjunta, estos argumentos son los relacionados con:

1. El archivo de la actuación administrativa, negaría de manera general la naturaleza del regulador, su función especialísima respecto de un sector sensible de la economía, ya que de un tajo iguala una metodología tarifaria con un acto administrativo puro y simple, sin considerar los parámetros existentes para este tipo de actos en la Ley 142 de 1994, ni los efectos que respecto de la institucionalidad tiene este tipo de decisiones.
2. Las razones de hecho y de derecho expuestas por la CREG para justificar el archivo de la actuación administrativa, se limitaron a señalar que dada la revocatoria de diferentes aparates de la Resolución CREG 202 de 2013, la metodología tarifaria no podía ser aplicada y, por lo tanto, resultaba improcedente la continuación de la actuación, lo cual según el recurrente implicaría una violación directa del Derecho Fundamental al Debido Proceso, al Derecho Fundamental de Petición, al Derecho

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

47 / 70

Fundamental al Buen Nombre, al Derecho de Defensa, al Principio de Legalidad y al Principio de la Buena Fe, asimismo, constituye una transgresión de diferentes principios de rango constitucional conforme a los cuales la administración debe actuar, sin desarrollar en este aparte las razones que motivan estas afirmaciones.

3. Igualmente se señala en este sentido que frente al auto de fecha 4 de agosto de 2016 la violación al debido proceso también se presenta ya que el auto que ahora se repone se limita a señalar que, en razón de la revocatoria, la metodología resulta inaplicable y, por lo tanto, se debe proceder al archivo de la actuación administrativa correspondiente a la solicitud tarifaria, sin permitir el ejercicio al derecho de defensa ni tampoco la posibilidad de practicar pruebas para desvirtuar las acusaciones realizadas por el regulador.
4. Se concluye en este sentido que en este caso concreto, la expedición de la Resolución CREG 093 de 2016, es un acto administrativo de carácter general, pero a través del cual se tomó una decisión que tiene efectos individuales, en tanto ordena el archivo de las actuaciones administrativas particulares, lo cual afirma el peticionario, implica una violación directa al debido proceso.

Con el fin de dar respuesta a los anteriores planteamientos, resulta del todo necesario aclarar las consideraciones que tuvo la administración para proceder al archivo de las solicitudes tarifarias, el cual parece ser el centro de la discusión planteada por el recurrente, sin entrar en el análisis de las razones que motivaron la revocatoria en sí, las cuales como ya se ha señalado en extenso anteriormente, deben ser objeto de controversia en otro tipo de instancias.

Las metodologías tarifarias cualquiera sea el servicio público a que se dirijan, desarrollan una serie de principios legales expresamente fijados en el Estatuto de los Servicios Públicos (Ley 142 de 1994) a partir del Título VI de este, para el caso concreto que nos convoca, estos principios generales fueron concretados en parámetros específicos de remuneración de la actividad de distribución de gas combustible por redes de tubería en Colombia, mediante la Resolución CREG 202 de 2013.

En este orden, las metodologías tarifarias en general, y en particular la vertida en la Resolución CREG 202 de 2013, contiene múltiples elementos, dentro de los que se destacan; el ámbito de aplicación de la metodología, los principios rectores que la rigen, los procedimientos a observar en el trámite de las diferentes instancias del análisis tarifario y, de forma especial, como centro mismo de la metodología, la forma como se remunerará la actividad que se está regulando.

La remuneración de toda actividad regulada se ordena fundamentalmente a partir de la evaluación una serie de costos y gastos sistemáticamente agrupados, denominados cargos, que son particularmente ajustados por el regulador de acuerdo a cada modelo

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

48 / 70

metodológico y a cada actividad, así como a las condiciones macro y micro económicas correspondientes.

Para el caso concreto se dispuso que la actividad de Distribución de Gas Combustible por redes de tubería se remunerará usando los cargos por uso aplicables a Usuarios de Uso Residencial y a Usuarios Diferentes a los de Uso Residencial aprobados por la CREG calculados a partir de costos medios históricos y costos medios de mediano plazo.

Igualmente se señaló, que los costos medios históricos y/o los costos medios de mediano plazo, para los Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario, se calcularían con la valoración de **la Inversión, más los gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (AOM), esto dividido sobre la Demanda de Volumen de gas del mercado correspondiente**, aplicando los criterios tarifarios establecidos en la Ley 142 de 1994 de acuerdo a la conformación del Mercado Relevante de Distribución.

De tal manera que la fórmula mediante la cual se remunerara la actividad de Distribución de Gas Combustible por redes de tubería fijada en la Resolución CREG 202 de 2013 es la siguiente.

INVERSIONES + GASTOS DE AOM

DEMANDA VOLUMEN DE GAS DEL MERCADO

Conforme a esta fórmula, cada solicitud de cargo presentado por las empresas a la CREG, debía contener entre otras cosas:

Identificación de cada uno de los Municipios que conformarán el Mercado Relevante de Distribución Para el Siguiete Periodo Tarifario propuesto y para el cual la empresa está interesada en obtener un Cargo de Distribución.

La Inversión Existente expresada en millones de pesos de la Fecha Base y para el año de corte de los municipios existentes que van a conformar el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario.

Programa de inversiones para los municipios nuevos que van a conformar el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario.

Demanda total expresada en metros cúbicos (m3) obtenida en el año de corte para cada uno de los municipios existentes y que van a conformar el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

49 / 70

Volúmenes anuales proyectados de consumo expresados en metros cúbicos para los Municipios Nuevos que van a conformar el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario.

Gastos de AOM en pesos de la Fecha Base, conforme a lo dispuesto en el ANEXO 10, reportados para los años solicitados.

Indicar si el proyecto cuenta o no con recursos públicos y en caso afirmativo deberá indicar su procedencia, monto, destinación y deberá discriminar las inversiones que ejecutará con recursos propios y aquella que ejecutará con recursos públicos.

Frente a este panorama de información, a partir de la cual la Comisión realiza el análisis de cada una de las solicitudes se tiene que mediante la Resolución CREG 093 de 2016 se revocaron entre otros, los siguientes aspectos de dicha fórmula tarifaria:

La definición de las componentes de demanda denominadas Q_{Tk} , Q_{Resk} , del numeral 9.1.1.1 de la Resolución CREG 202 de 2013, correspondiente a Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes de Distribución o Agregación de Mercados Existentes de Distribución así.

$$D_{inv(AUR)k} = \frac{IBME_{RPk}}{Q_{Tk}} + \frac{IBME_{RSk}}{(Q_{NoResRSk} + Q_{Resk})}$$

$$D_{AOM(AUR)k} = \frac{AOM_{RPk}}{Q_{Tk}} + \frac{AOM_{RSk}}{(Q_{NoResRSk} + Q_{Resk})}$$

Q_{Tk} Demanda real total anual del Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario k obtenida en la Fecha de Corte, expresada en metros cúbicos (m^3).

Q_{Resk} Demanda real anual correspondiente al tipo de usuarios Residencial del Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario k conformado a partir de Mercados Existentes de Distribución o de la Agregación de Mercados Existentes de Distribución obtenida en la Fecha de Corte, expresada en metros cúbicos (m^3). Se entiende por demanda real la medida en el medidor del usuario solo afectada por K_p y K_t definidos en la Resolución CREG 127

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

50 / 70

de 2013 o aquellas que la modifiquen o sustituyan.

A renglón seguido se revocó la definición del componente de demanda denominado Q_{Tme} , $(Q_{NoResES} + Q_{Res})_{me}$, del numeral 9.1.1.2 de la Resolución CREG 202 de 2013, correspondiente a Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Anexar a Mercados Existentes de Distribución Municipios Nuevos así:

$$D_{inv(AUR)k} = \left[\frac{IBME_{RPme} + IBMEN_{RPmn}}{Q_{Tme} + VAE(VP(Q(PR)_{Tmn}))} \right] + \left[\frac{IBME_{RSme} + IBMEN_{RSmn}}{(Q_{NoResRS} + Q_{Res})_{me} + VAE(VP(Q(PR)_{NoResRS} + Q(PR)_{Res}))_{mn}} \right]$$

$$D_{AOM(AUR)k} = \left[\frac{AOM_{RPme} + CAE(VP(AOM(PR)_{RPmn}))}{Q_{Tme} + VAE(VP(Q(PR)_{Tmn}))} \right] + \left[\frac{AOM_{RSme} + CAE(VP(AOM(PR)_{RSmn}))}{(Q_{NoResRS} + Q_{Res})_{me} + VAE(VP(Q(PR)_{NoResRS} + Q(PR)_{Res}))_{mn}} \right]$$

Q_{Tme}

Demanda real total anual de los Mercados Relevantes Existentes de Distribución que van a constituir el Mercado Relevante de Distribución k para el Siguiete Período Tarifario, conformado a partir de Anexar a Mercados Relevantes Existentes de Distribución Municipios Nuevos obtenida a la Fecha de Corte, expresada en metros cúbicos (m^3).

$(Q_{NoResRS} + Q_{Res})_{me}$

Suma de la demanda real anual de Usuarios Diferentes a los de Uso Residencial que está conectada a la Red Secundaria y de la demanda real anual de Usuarios de Uso Residencial del Mercado Relevante de Distribución k para el Siguiete Período Tarifario conformado a partir de Anexar a Mercados Relevantes Existentes de Distribución Municipios Nuevos obtenida en la Fecha de Corte, expresado en metros cúbicos (m^3). Se entiende por demanda real la medida en el medidor del usuario solo afectada por K_p y K_t

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

51 / 70

definidos en la Resolución CREG 127 de 2013 o aquellas que la modifiquen o sustituyan.

Posteriormente se revocó el componente de demanda denominado Q_{tk} , Q_{Resk} , del numeral 9.2.1.1 de la Resolución CREG 202 de 2013, modificado por el Artículo 4 de la Resolución CREG 138 de 2014, correspondiente a Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes de Distribución o Agregación de Mercados Existentes de Distribución así:

$$D_{inv(AUNR)k} = \frac{IBME_{RPk}}{Q_{Tk}} + \frac{IBME_{RS(No\ Res)k}}{(Q_{Tk} - Q_{Resk})}$$

$$D_{AOM(AUNR)k} = \frac{AOM_{RPk}}{Q_{Tk}} + \frac{AOM_{RS(No\ Res)k}}{(Q_{Tk} - Q_{Resk})}$$

Donde:

Q_{Tk} Demanda real total anual del Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario k conformado a partir de Mercados Existentes de Distribución o de la Agregación de Mercados Existentes de Distribución, obtenida en la Fecha de Corte, expresada en metros cúbicos (m^3).

Q_{Resk} Demanda real anual correspondiente al tipo de Usuarios de Uso Residencial del Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario k conformado a partir de Mercados Existentes de Distribución o de la Agregación de Mercados Existentes de Distribución, obtenida en la Fecha de Corte, expresada en metros cúbicos (m^3).

A continuación se revocó la definición del componente de demanda denominado $(Q_{NoResRS}+Q_{Res})_{me}$, Q_{Tme} , Q_{Resme} del numeral 9.2.1.2 de la Resolución CREG 202 de 2013, modificado por el Artículo 4 de la Resolución CREG 138 de 2014, correspondiente a Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Anexar a Mercados Existentes de Distribución Municipios Nuevos

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

52 / 70

$$D_{inv(AUNR)k} = \left[\frac{IBME_{RPme} + IBMEN_{RPmn}}{Q_{Tme} + VAE(VP(Q(PR)_{Tmn}))} \right] + \left[\frac{[IBME_{RS(NoRes)me} + IBMEN_{RS(NoRes)mn}]}{(Q_{Tme} + VAE(VP(Q(PR)_{Tmn}))) - ((VAE(VP(Q(PR)_{Resmn})) + Q_{Resme}))} \right]$$

$$D_{AOM(AUNR)k} = \left[\frac{AOM_{RPme} + CAE(VP(AOM(PR)_{RPmn}))}{Q_{Tme} + VAE(VP(Q(PR)_{Tmn}))} \right] + \left[\frac{[AOM_{RS(NoRes)me} + CAE(VP(AOM_{RS(NoRes)mn}))]}{(Q_{Tme} + VAE(VP(Q(PR)_{Tmn}))) - ((VAE(VP(Q(PR)_{Resmn})) + Q_{Resme}))} \right]$$

$$F_{QNoResRS} = \frac{Q_{NoResRSme} + VAE(VP(Q(PR))_{NoResRSmn})}{(Q_{NoResRS} + Q_{Res})_{me} + (VAE(VP(Q(PR))_{NoResRS} + Q(PR)_{Res})_{mn}}$$

Donde:

- $(Q_{NoResRS} + Q_{Res})_{me}$ Sumatoria de la demanda de usuarios diferentes al Uso Residencial que utilizan la red secundaria y demanda residencial de los Mercados Existentes de Distribución que van a conformar el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario k, conformado a partir de Anexar Municipios Nuevos a Mercados Existentes de Distribución obtenida a la Fecha de Corte, expresada en metros cúbicos (m³).
- Q_{Tme} Demanda total real anual de los Mercados Existentes de Distribución que van a conformar el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario k, conformado a partir de Anexar Municipios Nuevos a Mercados Existentes de Distribución obtenida a la Fecha de Corte, expresada en metros cúbicos (m³).
- Q_{Resme} Demanda real anual correspondiente al tipo de usuarios residencial de los Mercados Existentes de Distribución que van a conformar el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario k, conformado a partir de Anexar Municipios Nuevos a Mercados Existentes de Distribución obtenida a la Fecha de Corte, expresada en metros cúbicos (m³).

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

53 / 70

Como complemento a estos aspectos, también se revoca el numeral 9.8 del artículo 9º de la Resolución CREG 202 de 2013, correspondiente a DEMANDAS DE VOLUMEN el cual comprende los siguientes puntos:

9.8. DEMANDAS DE VOLUMEN

El Distribuidor reportará en su solicitud tarifaria y para el año de corte la información correspondiente a la Demanda de Volumen así:

9.8.1. Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes de Distribución y Agregación de Mercados Existentes de Distribución.

1. Demanda anual total obtenida en el año de corte para cada uno de los Mercados Relevantes de Distribución existentes, expresada en metros cúbicos (m³).
2. Los valores de demanda deben estar discriminados por tipo de usuario residencial, comercial, industrial, GNV y otros, así como conexión a tipo de red Primaria y Secundaria como se indica en el **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de esta resolución y deberán tener descontado el efecto del factor del poder calorífico.
3. La demanda anual de volumen reportada por el distribuidor será verificada con la información reportada al Sistema Único de Información SUI. En caso de presentarse diferencias, la CREG, a través de una auditoría, establecerá cuál se tomará. El auditor verificará los datos utilizados por la empresa para el cálculo de la demanda reportada respecto a los datos de facturación y de contabilización de ventas.

9.8.2. Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Anexar a Mercados Existentes de Distribución Municipios Nuevos

El Distribuidor reportará en su solicitud tarifaria y para el año de corte la información correspondiente a la Demanda de Volumen, expresada en metros cúbicos (m³) así:

1. Demanda anual total a la fecha de corte para cada uno de los municipios que cuentan con servicio o que conformaron los mercados existentes de distribución y que van a conformar el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

54 / 70

Los valores de demanda deben estar discriminados por municipio, tipo de usuario: residencial, comercial, industrial, GNV y otros, así como conexión a tipo de red Primaria y Secundaria como se indica en el ANEXO 11 y ANEXO 14 de esta Resolución.

2. La Demanda de Volumen reportada por el Distribuidor será verificada con la información reportada al Sistema Único de Información SUI. En caso de presentarse diferencias, la CREG, a través de una auditoría establecerá cual se tomará. El auditor verificará los datos utilizados por la empresa para el cálculo de la demanda reportada respecto a los datos de facturación y de contabilización de ventas.
3. Para los Municipios Nuevos que van a conformar el Mercado Relevante de Distribución para el próximo Período Tarifario el Distribuidor deberá reportar los volúmenes de demanda así:
 - 3.1. Para un Horizonte de Proyección de 20 años reportará los volúmenes anuales proyectados de consumo de los usuarios de los Municipios Nuevos y que conformaran el Sistema de Distribución (expresados en metros cúbicos) desagregados conforme al Anexo 12 de la presente resolución. No obstante, la proyección debe ser creciente del primer año de proyección hasta el quinto o décimo y permanecer constante del año quinto o décimo en adelante. Los volúmenes proyectados deben ser consistentes con el Programa de Nuevas Inversiones para dichos municipios.
 - 3.2. Para la elaboración de estas proyecciones, el distribuidor utilizará la metodología contenida en el ANEXO 13; **Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de la presente resolución. Dichas proyecciones deberán ser enviadas a la UPME para su evaluación metodológica, simultáneamente con la presentación de la solicitud tarifaria a la Comisión. Copia del radicado deberá remitirse a la Comisión con la solicitud tarifaria.
 - 3.3. Una vez se reciba el concepto de la UPME, en caso de ser negativo el distribuidor deberá modificar la proyección de demanda, y enviarla nuevamente a la UPME para su evaluación metodológica.
4. Para el cálculo de los Cargos de Distribución se tendrá en cuenta la proyección de Demanda de Volumen a entregar a los usuarios y por tanto, este volumen no incorporará las pérdidas de gas en el Sistema de Distribución.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

55 / 70

9.8.3. Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario Conformados por Municipios Nuevos

1. Para el Horizonte de Proyección, deberán reportarse los volúmenes anuales proyectados de consumo de los usuarios del Sistema de Distribución (expresados en metros cúbicos) desagregados conforme al ANEXO 12 de la presente resolución. Los volúmenes proyectados deben ser consistentes con el Programa de Nuevas Inversiones.
2. Para la elaboración de estas proyecciones, el distribuidor utilizará la metodología contenida en el ANEXO 13 de la presente resolución. Dichas proyecciones deberán ser enviadas a la UPME para su evaluación metodológica, simultáneamente con la presentación de la solicitud tarifaria a la Comisión. Copia del radicado deberá remitirse con la solicitud tarifaria.
3. Una vez se reciba el concepto de la UPME, en caso de ser negativo el distribuidor deberá modificar la proyección de demanda, y enviarla nuevamente a la UPME para su evaluación metodológica.
4. Para el cálculo de los Cargos de Distribución se tendrá en cuenta la proyección de Demanda de Volumen a entregar a los usuarios y por tanto, este volumen no incorporará las pérdidas de gas en el Sistema de Distribución.

Como se observa, respecto del componente Demanda, la revocatoria directa efectuada sobre la Resolución CREG 202 de 2013, suprimió del ordenamiento jurídico importantes elementos que resultan determinantes para llevar a cabo el cálculo tarifario, en especial:

- i) para Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes de Distribución o Agregación de Mercados Existentes de Distribución.
- ii) para Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Anexar a Mercados Existentes de Distribución Municipios Nuevos.
- iii) para Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes de Distribución o Agregación de Mercados Existentes de Distribución.
- iv) Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Anexar a Mercados Existentes de Distribución Municipios Nuevos.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

56 / 70

En todos estos eventos, el factor denominador de la fórmula tarifaria vista anteriormente, desapareció del ordenamiento jurídico colombiano, haciendo imposible el cálculo de tarifa alguna, ya que este es un elemento de la esencia de fórmula tarifaria.

Posteriormente la Resolución 093 de 2016 procedió a revocar aspectos relacionados con los gastos de Administración Operación y Mantenimiento, los cuales como se vio anteriormente en la descripción de la formula tarifaria también hace parte esencial de esta, los aspectos revocados en este sentido fueron:

El numeral 9.7 del artículo 9º de la Resolución CREG 202 de 2013, correspondiente a GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO (AOM) en el que se señala:

9.7 GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO (AOM)

Los gastos de administración, operación y mantenimiento (AOM) de cada mercado se determinarán con base en la metodología Frontera Estocástica que se describe en el ANEXO 10 la presente resolución.

9.7.1 Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes de Distribución y Agregación de Mercados Existentes de Distribución.

Para la determinación de los Cargos de Distribución correspondiente a AOM, se tendrán en cuenta los gastos AOM anuales eficientes del o los Mercado (s) Relevante (s) Existentes que resulten de la aplicación de la metodología determinada en el numeral 10.1 y 10.2 del ANEXO 10.

Para esto las empresas deberán reportar en sus solicitudes tarifarias toda la información correspondiente a gastos de AOM actualizada hasta 31 de diciembre del año de corte.

9.7.2 Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Anexar a Mercados Existentes de Distribución Municipios Nuevos

Para la determinación de los Cargos de Distribución correspondientes a AOM, se tendrán en cuenta los gastos AOM anuales eficientes de los Mercados Existentes y el Valor Presente Neto descontado con la Tasa de Retorno, definida en el numeral **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia..** de la presente resolución, la proyección de gastos de AOM a precios de la Fecha Base durante el horizonte de proyección de 20 años, correspondiente a los

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

57 / 70

Municipios Nuevos que conformarán el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario.

9.7.3 Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario Conformados por Municipios Nuevos

El distribuidor deberá presentar la proyección de gastos de AOM durante el horizonte de proyección de veinte (20) años. El promedio de los cinco (5) años será el utilizado para la comparación en la metodología de Frontera Estocástica.

La determinación de los Cargos de Distribución correspondientes a AOM de los Municipios Nuevos que conformarán el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario, se hará conforme se establece en el numeral 10.3. del ANEXO 10 de la presente resolución.

Parágrafo 1: Se reconocerán en forma adicional, los gastos de AOM involucrados en confiabilidad y en la actividad de revisiones periódicas de las instalaciones internas de gas.

Parágrafo 2: Los valores de AOM serán ajustados a pesos de la Fecha Base con el Índice de Precios al Consumidor IPC publicado por el DANE.

Nuevamente se evidencia con absoluta claridad, que mediante la revocatoria de estos aspectos se sustrajo de nuestro ordenamiento regulatorio, la forma como se calcula otro de los requisitos fundamentales de la formula tarifaria, en tres eventos puntuales estos son, en los casos de:

- i). Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes de Distribución y Agregación de Mercados Existentes de Distribución
- ii). Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Anexar a Mercados Existentes de Distribución Municipios Nuevos
- iii) Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario Conformados por Municipios Nuevos.

Finalmente el acto revocatorio procedió a eliminar el ANEXO 9 de la Resolución CREG 202 de 2013, Modificado por las Resolución CREG 138 de 2014 y 125 de 2015 correspondiente a Otros Activos, valga señalar en este sentido que los denominados Otros Activos, son una especie del genero Inversión, la cual comprende: la Inversión realizada o la Inversión a realizar en los activos en el Mercado Relevante de Distribución para el Siguiete Período Tarifario.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

58 / 70

De esta manera los OTROS ACTIVOS corresponden a activos asociados a las actividades de distribución como: maquinaria y equipos (vehículos, herramientas, etc), muebles, equipos de cómputo y de comunicación y sistemas de información.

Respecto de la remuneración de estos, se determinó en la metodología que el monto de los Otros Activos reportados por la empresa tanto en Inversión Existente como en Programa de Nuevas Inversiones no podría ser superior al monto de la inversión en Activos Inherentes a la operación por el porcentaje establecido en el ANEXO 9 de la Resolución CREG 202 de 2013 así:

Los porcentajes de Otros Activos eficientes que se reconocerán durante el próximo período tarifario por concepto de Otros Activos, se determinarán a través de un modelo estadístico. De acuerdo con estos se tomará el porcentaje calculado y se aplicará conforme a lo establecido en el literal b) del numeral 9.4 del artículo 9 de la presente resolución.

9.1. Porcentaje de Otros activos para Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes o Agregación de Mercados Existentes de Distribución de Períodos Tarifarios Concluidos.

Para determinar los porcentajes de Otros Activos a reconocer por Mercado Relevante de Distribución las empresas deberán enviar, la información correspondiente a activos y otros activos según las cuentas que se describen a continuación. Esta información deberá ser reportada para los años 2010, 2011, 2012 y 2013.

CUENTA	OTROS ACTIVOS
1630	Equipos y materiales en depósito
1635	Bienes muebles en bodega
1655	Maquinaria y equipo
1660	Equipo médico y científico
1665	Muebles, enseres y equipos de oficina
1670	Equipos de comunicación y computación
1675	Equipo de transporte, tracción y elevación
CUENTA	ACTIVOS
1605	Terrenos
1615	Construcciones en curso
1620	Maquinaria, planta y equipo en montaje
1625	Propiedades, planta y equipo en tránsito
1636	Propiedades, planta y equipo en

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

59 / 70

CUENTA	OTROS ACTIVOS
	mantenimiento
1637	Propiedades, planta y equipo no explotados
1640	Edificaciones
1643	Vías de comunicación y acceso internas
1645	Plantas, ductos y túneles
1650	Redes, líneas y cables
1680	Equipos de comedor, cocina, despensa y hotelería

La Comisión tomará la información del universo de empresas y realizará un análisis econométrico con éstas y otras variables y, seleccionará la función que sea más significativa estadísticamente en relación con las variables que influyen en los costos de los sistemas de distribución.

La Comisión a través de circular publicará un documento para someter a comentarios la función óptima que mejor estime el comportamiento de los otros activos para el siguiente período tarifario.

A través de circular se publicará el documento definitivo el cual contendrá la respuesta a cada uno de los comentarios recibidos y la función óptima que mejor estime el comportamiento de los otros activos para el siguiente período tarifario.

Para determinar el porcentaje de otros activos a reconocer a cada empresa, se tomará el mínimo dato entre el valor real de los otros activos y el arrojado por el modelo seleccionado y se calcula el cociente de dicho valor sobre el total de activos reportado por la empresa. El valor calculado, representará el porcentaje de otros activos para cada empresa que se reconocerá en el Período Tarifario.

Las empresas que a la fecha de entrada de vigencia de la presente resolución estén prestando el servicio, en sus respectivos mercados relevantes, y que hayan concluido su período tarifario y no se encuentren en el universo de empresas del inciso anterior, se les reconocerá el 90% del porcentaje (%) mínimo reconocido de Otros Activos de acuerdo con los resultados obtenidos.

9.2. Porcentaje de Otros activos para Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes o Agregación de Mercados Existentes de Distribución de Períodos Tarifarios No Concluidos.

Para aquellos Mercados Existentes donde se esté prestando el servicio por empresas que no se encuentren en el universo de empresas del numeral 9.1 del

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

60 / 70

presente anexo se tomará el valor de los Otros activos reportado por la empresa en la solicitud tarifaria y se compara con el valor de los Otros activos estimado a partir de la función establecida. El valor de Otros activos eficiente que se reconocerá para la empresa será el mínimo valor entre el valor de los Otros activos estimado y el reportado.

9.3. Valor de Otros Activos a Reconocer en Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados por Municipios Nuevos.

Se estimará un valor de otros activos para los Mercados Relevantes de Distribución conformados por Municipios Nuevos de acuerdo a la función obtenida del numeral anterior.

Se tomará el valor de los Otros activos reportado por la empresa en la solicitud tarifaria y se compara con el valor de los Otros activos estimado a partir de la función establecida. El valor de Otros activos eficiente que se reconocerá para la empresa será el mínimo valor entre el valor de los Otros activos estimado y el reportado.

En todo caso el Director Ejecutivo podrá solicitar a las empresas información adicional a la descrita en este Anexo independientemente de si esta se encuentra en actuaciones administrativas que se surtieron o se surtan al interior de la Comisión. En el documento que será sometido a comentarios y que se describe en el procedimiento anterior se detallará la información utilizada para establecer la función óptima con la cual se determinará el porcentaje máximo a reconocer por concepto de otros activos para el siguiente período tarifario.

Respecto de los Otros Activos, se debe precisar que si bien estos no son el único elemento que comprenden las inversiones que las empresas deben reportar en sus expedientes tarifarios, si son uno de los cuatro elementos que componen el cargo de inversiones y que se debe tener en cuenta en los análisis tarifarios que desarrolla la CREG, de tal forma que sin el componente de Otros Activos, en las condiciones fijadas en la metodología, no es posible determinar el Cargo de Inversión de la Tarifa en los siguientes tres eventos:

- i). El porcentaje de Otros activos para Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes o Agregación de Mercados Existentes de Distribución de Períodos Tarifarios Concluidos.
- ii). El porcentaje de Otros activos para Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiete Período Tarifario conformados a partir de Mercados Existentes o Agregación de Mercados Existentes de Distribución de Períodos Tarifarios No Concluidos.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

61 / 70

iii). El valor de Otros Activos a Reconocer en Mercados Relevantes de Distribución para el Siguiendo Período Tarifario conformados por Municipios Nuevos.

Volviendo sobre la formula tarifaria fijada para la remuneración de la actividad de Distribución de Gas Combustible por red tuberías, se había advertido ya en esta disertación que esta se compone de los siguientes elementos:

INVERSIONES + GASTOS DE AOM

DEMANDA VOLUMEN DE GAS DEL MERCADO

Tal como ya se ha ilustrado ampliamente, la revocatoria de la Resolución CREG 202 de 2013 ha afectado de forma importante, el denominador de la fórmula, es decir la Demanda, igualmente de forma importante el componente de Gastos de AOM y, de forma considerable aunque no total, el componente de Inversión, en su acepción de Otros Activos, el cual también fue suprimido, de manera que se observa que se ha eliminado un porcentaje importante de los componentes esenciales de la formula, lo cual deriva en la imposibilidad de su aplicación en las condiciones actuales, dado que en la práctica los componentes señalados dejaron de hacer parte del ordenamiento jurídico y regulatorio colombiano.

Como consecuencia de la situación que se pone de presente al eliminar estos componentes se hizo evidente que resultaba imposible realizar cálculo tarifario alguno, de suerte que las solicitudes tarifarias que al momento de la revocatoria estaban en trámite, perdieron toda posibilidad de análisis por la sustracción de materia de que fue objeto la metodología.

Así las cosas, la Comisión en estricta observancia de los principios de eficacia, economía y celeridad administrativa dispuestos en el C.P.A.C.A. los cuales señalan:

(...)

10 En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

11 En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos,

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

62 / 70

procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

12 En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

(Subrayas ajenas al texto original de la norma citada)

(...)

Y con el fin de causar el menor perjuicio a los peticionarios, procedió a ordenar el archivo de las solicitudes que se encontraban en trámite, hasta tanto, y en observancia de los parámetros especiales que fija la Ley 142 de 1994, se surta el procedimiento para reemplazar los aspectos revocados, aspectos necesarios para que una vez completados se pueda presentar una solicitud de tarifa ajustada a los nuevos parámetros.

De no proceder de esta forma, la consecuencia para las solicitudes en trámite se centraba en poner en suspenso las actuaciones iniciadas, sin tener claridad sobre el resultado del nuevo proceso de formulación y consulta de los aspectos revocados, el cual previsiblemente modificará los parámetros metodológicos en los tres componentes ya mencionados, derivando en una eventual modificación de los expedientes tarifarios.

Dado este realista escenario, el regulador tiene el deber de tomar las medidas que considere oportunas con el fin de favorecer la prestación del servicio y de realizar los análisis que considere oportunos, de tal forma que en este sentido se adoptó la decisión de continuar aplicando las tarifas vigentes en los mercados existentes donde ya se venía prestando el servicio de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 y respecto de la solicitudes en trámite, ordenar su archivo en el estado en el que se encontraban, de manera que una vez completada la metodología y con los nuevos parámetros, se pueda adelantar una nueva evaluación con todos los elementos definidos, y sin lugar a confusiones y equívocos.

En lo relativo al cierre de las actuaciones en trámite, la Comisión ha sido en extremo garantista de los derechos de los interesados y ha procurado dar cierre a cada actuación de forma individual mediante la expedición de un auto para cada solicitud, y no proceder de oficio y de forma directa siguiendo el mandato del Artículo 11º de la resolución 093 de 2016, en el que se lee:

(...)

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

63 / 70

“ARTÍCULO 11. ARCHIVAR las actuaciones administrativas iniciadas por mandato de la Circular CREG 111 de 2015, para las solicitudes tarifarias de los mercados relevantes de distribución de gas combustible por red de tuberías existentes, que cumplieron periodo tarifario y que realizaron el proceso de reporte de información correspondiente, o que no hayan cumplido pero que decidieron acogerse a lo establecido en el numeral 6.5. de la Resolución CREG 202 de 2013.

(...)

Esto con el fin de brindar la oportunidad procesal que se considerara oportuna a los interesados de controvertir los aspectos del auto de cierre sobre los que hubiera inconformidad esto es sobre los siguientes aspectos del auto de cierre, los cuales se constituyen en la motivación propia del cierre y que se centra en:

(...)

Estando en curso la respectiva actuación administrativa y sin que se hubiera resuelto de fondo, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la Resolución CREG 093 de 2016 revocó apartes de la metodología definida en la Resolución CREG 202 de 2013, relacionados con: (i) gastos de administración, operación y mantenimiento (AOM), (ii) Otros Activos, (iii) mercados financiados con recursos públicos, y (iv) demanda, entre otros.

Los apartes revocados impiden la aplicación de la metodología en cuestión y, por tanto, hacen improcedente la continuación de la mencionada actuación.

(Subrayas ajenas al texto original de la actuación citada)

(...)

Ahora bien, respecto de la amplitud y extensión de la motivación del acto administrativo de cierre, ha señalado el Consejo de Estado:

(...)

“Cabe señalar que el motivo es uno de los elementos que determinan la existencia de los actos administrativos, tiene relación con las razones fácticas y jurídicas que dieron origen a la decisión de la Administración, si se mencionan, de manera expresa, constituyen la motivación del acto. (...) De lo anterior, se colige que tratándose de actos administrativos de contenido particular y concreto, el ordenamiento exige que deben ser motivados “al menos en forma sumaria”, exigencia que si falta da lugar a la nulidad del acto por expedición irregular. La Sala en oportunidad anterior precisó: De acuerdo con los artículos

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

64 / 70

35 y 59 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos, en general, deben estar motivados, aun sumariamente, en sus aspectos de hecho y de derecho; la motivación del acto administrativo, constituye, pues, un elemento estructural del mismo, cuya ausencia o insuficiencia, conforme al artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, conduce a su nulidad, no sólo por expedición irregular, sino por el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, dado que la motivación de los actos de la administración constituyen un mecanismo de protección del administrado frente a las prerrogativas del poder público derivadas de la obligatoriedad de sus manifestaciones de voluntad. En consecuencia, la motivación, entendida como la exposición de motivos o razones en que se funda la voluntad de la administración, es el soporte fáctico y jurídico del sentido y alcance de la decisión de la autoridad y debe ser suficiente para que le permita a los administrados ejercer efectivamente los derechos de defensa y contradicción.” Ver Sentencia de 24/09/2015, SECCION CUARTA, PONENTE: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

(Subrayas ajenas al texto original de la providencia citada)

(...)

Tal como se observa, el auto recurrido contiene sus propios considerandos, sobre los cuales ya se ha profundizado de manera amplia en este documento.

Posteriormente advierte el recurrente, que la Resolución CREG 093 de 2016 y el auto citado implican el desconocimiento del procedimiento establecido expresamente en la Ley 142 de 1994 para la determinación de las metodologías, tarifarias. Consecuentemente, supone la violación del Decreto 2696 de 2004 mediante el cual se definieron las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación.

En este sentido se debe precisar que de conformidad con el Decreto 2696 de 2004, el cual fue compilado por el Decreto 1078 de 2015, la Comisión tiene el deber de hacer público los proyectos de resolución de carácter general que pretenda adoptar, con el fin de recibir de parte de quien a bien lo tenga, observaciones, reparos o sugerencias.

En este orden de ideas, en su sesión No. 724 del 11 de julio de 2016, la CREG acordó expedir la Resolución 095 de 2016, la cual se encuentra a la fecha, en periodo de recepción de observaciones, sugerencias y propuestas (Art. 10.4 del Decreto 2696 de 2004, compilado por el Decreto 1078 de 2015), los cuales serán agrupados y respondidos cada uno de forma independiente, mediante la expedición de un Documento CREG contentivo de las respuestas de los mismos, una vez finalice el periodo de consulta, en observancia de lo preceptuado en el Parágrafo del Art. 10 del Decreto 2696 de 2004, compilado por el Decreto 1078 de 2015.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

65 / 70

De tal manera que en el presente caso se está siguiendo estrictamente, el procedimiento legalmente fijado para la expedición de una nueva metodología tarifaria, o como en este caso los apartes que fueron revocados de la metodología, de tal suerte que el archivo de las solicitudes, en nada obstaculiza dicho procedimiento y por tanto no es procedente su estudio en el presente caso.

Por otro lado, indica el recurrente que la CREG no solo no dio respuesta a la solicitud tarifaria, sino que tampoco respetó el procedimiento establecido en la Ley 142 de 1994 para el efecto, e ignoró las garantías a favor la empresa, sino que además, la decisión de archivar la actuación administrativa, solo fue comunicada luego de 10 meses de haber sido presentada la solicitud, con lo cual obviamente la respuesta a la que tenía derecho la Compañía fue completamente inoportuna, desconociendo el plazo expresamente establecido en el artículo 111 de la Ley 142 de 1994.

En una primera instancia, sea lo primero hacer un recuento del procedimiento tarifario, con el fin de establecer los términos reales que establecen las normas tanto administrativa general, como la normatividad especial del sector servicios públicos.

En este orden, se debe precisar que el procedimiento tarifario tiene un periodo de 5 meses contados a partir del acto administrativo de inicio de la actuación y correspondiente conformación del expediente, para el presente caso, la solicitud tarifaria fue presentada el 30 de octubre de 2015, una vez radicada la información por parte de la empresa, la Comisión analiza si la misma se encuentra completa o no, de encontrarse completa se profiere el mencionado auto de inicio de la actuación que en este caso se expidió el 23 de diciembre de 2015, posteriormente se procede al análisis de la información, momento en el cual se puede o no proferir auto de pruebas, el cual suspende los términos legales, por el periodo probatorio, una vez analizada la información se proceden a hacer los cálculos tarifarios, se presenta al Comité de Expertos, luego es analizado por el grupo de asesores denominado Pre CREG, posteriormente se aprueba en sesión CREG, la decisión adoptada se notifica y en caso de ser una actuación particular se abre a vía gubernativa, quedando en firme una vez se respondan los recursos presentados.

El trámite tarifario se ilustra así:

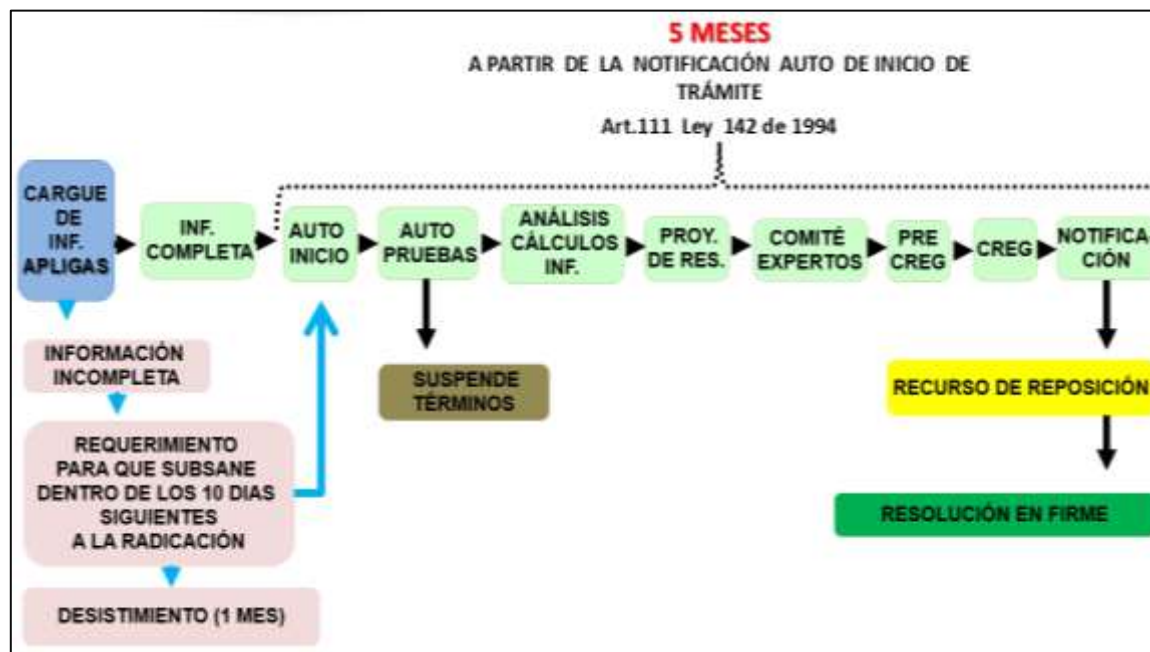


AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

66 / 70



En este orden, como ya se vio la solicitud de GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. fue admitida el 23 de diciembre de 2015, periodo a partir del cual se deben contar 5 meses calendario, es decir 23 de mayo de 2016, no obstante en el entre tanto se emitió auto de pruebas el que se fijó un periodo de 30 días hábiles, es decir el término total previsto para resolver esta solicitud vencía el 7 de julio de 2016.

No obstante lo anterior, es pertinente recordar que aun cuando la administración profiera una decisión por fuera del término consagrado en la normatividad para tal efecto, esto no implica la invalidez del acto administrativo, y así lo ha señalado ya, el Consejo de Estado¹²:

(...)55. En segundo lugar, la Sala advierte que el hecho de que la administración profiera una decisión por fuera del término consagrado en la normatividad para tal efecto, no implica la invalidez del acto administrativo así producido –como equivocadamente lo sostiene el demandante–.

56. En este punto se acoge el criterio que ha sido expresado por el Consejo de Estado en otras oportunidades según el cual, cuando las normas especiales referidas a un trámite administrativo particular no consagran consecuencias específicas para los eventos en que las decisiones son proferidas por fuera de los términos concedidos a la administración para decidir, en dichos casos la

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 14 de febrero de 2011, Exp. No. 11001-03-26-000-1998-05880-01(15880).

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

67 / 70

autoridad administrativa no pierde la competencia para pronunciarse sobre el asunto, y el incumplimiento de los términos no genera violación del debido proceso, pues ha entendido la jurisprudencia que se trata de términos programáticos, cuyo incumplimiento no tiene efectos sobre la validez de los actos administrativos proferidos en esas condiciones:

En efecto, en lo que concierne al primer cargo, la Corporación, atendiendo la regulación básica o común del procedimiento administrativo, en concordancia con la atinente a la competencia, tiene sentado desde vieja data que, exceptuando lo relativo a la caducidad de la potestad sancionadora del Estado y al silencio administrativo, o a los casos de comisión o delegación pro tempore, el mero incumplimiento de los términos para su iniciación y desarrollo no implica causal de nulidad, ora en relación con el debido proceso, ora respecto de la competencia.

En este sentido, tales términos son programáticos o indicativos, para encauzar las correspondientes actuaciones administrativas, con miras a asegurar la efectividad de los principios de eficacia y celeridad de las mismas, de allí que como bien lo anota el Ministerio Público, su incumplimiento a lo sumo podría acarrear responsabilidad disciplinaria, penal o patrimonial, si es del caso, al funcionario incumplido, atendiendo lo previsto en el artículo 76-5 del C.C.A¹³.
(...)

58. Así las cosas, como en la normatividad aplicable al caso de autos no se estipuló expresamente que el silencio positivo pudiera ocurrir frente a la solicitud de concesión de una licencia para explotación minera, huelga concluir que, en el caso de análisis, la demora por parte de la entidad demandada en la toma de las decisiones acusadas de nulidad, no tiene efecto alguno sobre la situación jurídica de la hoy demandante –como solicitante de la licencia- y, mucho menos, sobre la validez de las resoluciones demandadas.

59. Las anteriores consideraciones son suficientes para desestimar los cargos en este punto formulados por la demandante contra los actos administrativos contenidos en las resoluciones No. 700931 del 16 de junio de 1997 y No. 700922 del 7 de julio de 1998. (...)

¹³ Sección Primera, sentencia del 4 de noviembre de 1999, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, radicación No. 5538, actor: Lito Technion S.A. En el mismo sentido véanse las siguientes sentencias: Sección Cuarta, sentencia del 27 de marzo de 1998, C.P. Julio Enrique Correa Restrepo, expediente No. 8780, actor: Corporación Cultural y Deportiva del Comercio. El mismo criterio está presente en la sentencia de la Sección Cuarta del 27 de octubre de 2005, Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa, Radicación No. 76001-23-25-000-2000-03380-014 (14748), actor: Gaseosas Colombianas S.A. Allí se dijo: “De lo anterior se concluye que adoptar una decisión en un plazo mayor al previsto, cuando la ley no le ha atribuido consecuencia jurídica alguna, o la asignada no es favorable al afectado, no es causal de nulidad ni puede entenderse como violatoria de la norma que lo fija y menos aún del derecho al debido proceso.” En el mismo sentido revítese la sentencia de la Sección Segunda fechada el 26 de febrero de 1992, C.P. Dolly Pedraza de Arenas, radicación No. 3564, actor: Carlos Luis Dávila Rosas; y de la misma sección la sentencia del 19 de diciembre de 1995, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, expediente No. 6274, actor: Luis Héctor Mariño Clavijo.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

68 / 70

(Subrayas y negrilla ajenas al texto original de la providencia citada)

En línea con lo expuesto por el Consejo de Estado, se observa que la Ley 142 de 1994 no consagró consecuencias específicas para los eventos en que las decisiones del Comisión sean proferidas por fuera de los términos señalados en ésta, razón por la que es de concluir que la imposibilidad de cumplirlos no se constituye en vulneración al debido proceso y no tiene efecto alguno sobre la situación jurídica del recurrente y, mucho menos, sobre la validez de la decisión contenida en el acta recurrida.

Se resalta, que los procedimientos señalados anteriormente así como la multiplicidad de instancias, en ningún momento implicaron limitante alguna a la empresa en su derecho de réplica o contradicción, lo cual quedó evidenciado con los requerimientos efectuados en el desarrollo del proceso de análisis de las solicitudes tarifarias, en las que se les consultaron aspectos relacionados con Otros Activos y Puntos de Inyección de sus redes de distribución, así como y el presente acto administrativo, que se deriva de la interposición de un recurso de reposición, en desarrollo de la vía gubernativa correspondiente, salvaguardando su derecho al debido proceso.

Finalmente cabe señalar, que la Administración no pierde competencia para decidir, bien sea por que no se configura el silencio administrativo positivo, o porque no se acude a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no obstante operar el silencio administrativo negativo, esta puede pronunciarse sobre el asunto sometido a su consideración y decisión, sin que por ello se afecte su presunción de legalidad y su validez jurídica.

En este orden, no se encuentran procedentes los planteamientos que en este acápite presenta el recurso.

SOBRE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

Con relación a las pruebas solicitadas por el recurrente, se observa que la práctica del dictamen pericial solicitado, versa sobre preguntas relacionadas entre otros aspectos con: La forma y los parámetros como se reportó la información soporte de los expedientes tarifarios tanto a la CREG como a la SSPD, y las inconsistencias que de esa información se derivaron y que sustentaron en buena medida la revocatoria de la metodología ya señalada.

En este sentido, y en consideración al objeto mismo del recurso que se responde, no se considera procedente abrir el periodo probatorio solicitado, por cuanto con las preguntas formuladas se busca esclarecer situaciones que dieron origen a la revocatoria directa y que como ya se ha señalado deben ser consideradas mediante otro tipo de acciones y, ante otro tipo de instancias.

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

69 / 70

La Comisión de Regulación de Energía y Gas.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1. CONFIRMAR la decisión contenida en el auto de cierre de la actuación particular iniciada por la empresa GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. de 4 de agosto de 2016, en virtud de las razones aducidas en la parte motiva de este auto.

ARTÍCULO 2. DECLÁRENSE IMPROCEDENTES las pretensiones números 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 referentes a que: se revoque la Resolución CREG 093 de 2016, se realice un pronunciamiento público por parte de la CREG, por medio del cual se corrijan las afirmaciones falsas y tendenciosas que fueron expuestas en la parte motiva de la Resolución CREG 093 de 2016, realizar ajustes a la metodología establecida en la Resolución CREG 202 de 2013, permitir un espacio para corregir las inconsistencias halladas en la información suministrada por algunas empresas en el proceso de evaluación tarifario que dio pie a la revocatoria directa, realizar un nuevo análisis detallado de los municipios que recibieron recursos públicos para la cofinanciación de la construcción de los sistemas de distribución para determinar en cuál de estos se realizaron inversiones adicionales que resulten efectivamente ineficientes, se permita en la integración de mercados existentes incluyendo aquellos que hayan podido ser beneficiarios de recursos públicos cuando se evidencie que la tarifa disminuya y respecto a los mercados que no cuentan con el suficiente grado de maduración, se permita continuar con una metodología de costo medio de mediano plazo, por cuanto estas pretensiones están orientadas a modificar las decisiones vertidas en la Resolución Revocatoria CREG 093 de 2016, así como a tratar de revivir la actuación administrativa cerrada, además de abordar a aspectos regulatorios que no son objeto del auto que se controvierte y que se encuentran en fase de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO 3. NOTIFICAR el contenido de la presente a GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. contra la decisión contenida en presenta acto no procede recurso alguno, por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMÁN CASTRO FERREIRA
Director Ejecutivo



Av. Calle 116 No. 7-15 Int. 2. Oficina 901
Edificio Cusezar Bogotá, D.C. Colombia
(1) 6032020 / Fax: (1) 6032100
creg@creg.gov.co
www.creg.gov.co

AUTO

Noviembre de 2016

GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

70 / 70