Bogotá, D. C., 27 de mayo de 2024

**AUTO 0000259 de 2024**

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

**DIRECCIÓN EJECUTIVA**

Asunto: Actuación administrativa con el objeto de decidir la solicitud realizada por la empresa GAS NATURAL CUNDIBOYACENSE S.A. E.S.P. con fundamento en el numeral 8 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994.

**CONSIDERA QUE:**

La Ley 142 de 1994, artículo 73.8, asignó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la función de resolver los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. Mediante Resolución número CREG-066 de 1998 la Comisión determinó las reglas aplicables a la resolución de conflictos en virtud de la función mencionada.

Mediante comunicación con Radicado CREG E2024005657, la empresa GAS NATURAL CUNDIBOYACENSE S.A. E.S.P., en adelante Gas Natural Cundiboyacense, con fundamento en el numeral 8 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, realizó la siguiente solicitud:

*“3.1 Se solicita a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG que en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 73.8, resuelva el presente conflicto e indique si la tasa de descuento que debe aplicar la sociedad Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., para los cargos de transporte aplicables al contrato descrito en el punto 1.1 de esta petición, suscritos entre las partes en conflicto - Gas Natural Cundiboyacense y TGI- corresponde al 10,94% o, si por el contrario, la tasa de descuento que debe aplicar es la contenida en la Resolución CREG 102 002 de 2 de junio de 2023 correspondiente al 11.88%.*

*3.2 Se solicita a la CREG que en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 73.8, resuelva el presente conflicto e indique si el Wacc aprobado mediante Resolución CREG 102 002 de 2 de junio de 2023 aplica solamente a aquellos cargos de transporte que se aprueben con base en la aplicación de la segunda etapa de la metodología tarifaria contenida en la Resolución CREG 175 de 2021”.*

Para sustentar esta solicitud la empresa expuso los siguientes antecedentes fácticos y jurídicos:

***“1. Hechos***

***1.1.*** *Entre las sociedades Gas Natural Cundiboyacense y TGI se suscribió el siguiente contrato, cuyo objeto consiste en “La prestación del Servicio de Transporte en Firme de Gas Natural por el Sistema de conformidad con los términos y condiciones del presente contrato”:*



***1.2.*** *Según lo dispuesto en el numeral 6 del Capítulo II Condiciones Particulares del contrato identificado en el numeral anterior, “(…) Los cargos imputables a la prestación del Servicio de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la Sección I- ESTF y en el numeral 2 del Capítulo IV y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG en Resolución ejecutoriada.”*

***1.3.*** *El numeral 2 del Capítulo IV, dispone que “(…) los cargos que ocasiona este Contrato incluyen los conceptos de cargo fijo, Cargo Variable y Cargo Fijo por AO&M, indicados en la Sección I-ESTF”.*

***1.4.*** *El numeral 12 del capítulo II señala que “Este Contrato está regido por la Constitución, la (sic) Leyes 142 de 1.994, el Código de Comercio, el Código Civil, las Resoluciones de la CREG y demás normas concordantes (…)”; a su turno el numeral 13 del mismo capítulo indica: “Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces; por lo tanto, en el evento de ser modificadas, las Partes se comprometen a revisar las presentes condiciones con el fin de ajustarlas a la regulación vigente”.*

***1.5.*** *Durante la ejecución del contrato, esa Comisión mediante Resolución CREG 004 de 2021 definió el procedimiento para el cálculo de la tasa de descuento aplicable en las metodologías tarifarias que expide la Comisión de Regulación de Energía y Gas; esta resolución a su vez fue modificada por la Resolución CREG 073 de 2021.*

***1.6.*** *Con base en las anteriores resoluciones, la Comisión expidió la Resolución 103 de 29 de octubre de 2021 en donde definió la tasa de descuento para la actividad de transporte de gas natural, en un* ***10,94%*** *en pesos colombianos constantes antes de impuestos.*

***1.7.*** *El 22 de noviembre de 2021 se publicó en el Diario Oficial la Resolución CREG 175 de 2021 “Por la cual se establecen los criterios generales para la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte, y se dictan otras disposiciones en materia de transporte de gas natural”.*

***1.8.*** *Según se desprende de la parte considerativa de la Resolución CREG 175 de 2021, esta metodología tiene por objeto incorporar, entre otros aspectos, ajustes relacionados a la tasa de descuento:*

*(…)*

*ii) Disminuir la posibilidad de que se den o trasladen sobrecostos dentro de la remuneración de las inversiones en gasoductos y estaciones de compresión como parte de la actividad de transporte de gas natural, para lo cual es necesario incluir mayores elementos dentro del mecanismo de valoración de inversiones, como nuevos multiplicadores y la inclusión de un método para compartir el riesgo constructivo entre el transportador y los remitentes; ajustar la remuneración de los activos que han cumplido su vida útil normativa;* ***llevar a cabo ajustes a la tasa de descuento atendiendo la realidad macroeconómica y de riesgo país actual y demás elementos propios de la metodología de la Resolución CREG 095 de 2015 o aquella que esté vigente****; (Se destaca).*

***1.9.*** *La Resolución CREG 175 de 2022 indicó igualmente:*

*“****En el cálculo posterior de los cargos de transporte que apruebe la Comisión*** *se cumple también con el principio de suficiencia financiera, dado que se reconocerán todas las inversiones y AOMs eficientes y necesarios para el servicio público de gas natural y las demandas asociadas a estas inversiones,* ***a partir de la información que reporten los transportadores en su solicitud de cargos, y, se utilizará la tasa de descuento vigente****. Esta aplicación solo es posible luego de que la CREG verifique y evalúe la solicitud de cargos que presenten los transportadores. Adicionalmente, en esta nueva metodología el transportador tendrá la oportunidad de solicitar a la CREG que le modifique el cargo cada dos (2) años para incorporar nuevas inversiones, y sus correspondientes AOMs y demandas asociadas a dichas inversiones. (Negrita fuera del texto).*

***1.10.*** *En aplicación de la metodología de transporte y con base en la solicitud presentada por la empresa TGI, la CREG profirió la Resolución 502 024 de 24 de mayo de 2022 por la cual se resuelve una actuación administrativa y se ajustan los cargos regulados del sistema de transporte de TGI; esta resolución quedó en firme una vez resueltos los recursos de reposición presentados por Vanti y TGI mediante Resolución CREG 502 035 de 21 de diciembre de 2022.*

***1.11.*** *Posteriormente, la CREG mediante Resolución CREG 102 002 de 2 de junio de 2023[[1]](#footnote-2), en cumplimiento de dispuesto en el parágrafo del artículo 4 de la Resolución CREG 004 de 2021, procedió actualizar la tasa de descuento para la actividad de transporte contenida en el artículo 3 de la Resolución CREG 103 de 2021, señalando que el Wacc para, “(…) servicios de capacidad a través de cargos fijos,* ***Tkc****, servicios de volumen a través de cargos variables,* ***tkv*** *y por servicios de transporte a través de ingreso,* ***Tkip****, será de* ***11,88%*** *en pesos colombianos constantes antes de impuestos, para cada una de ellas.” Debe destacarse que el análisis de la aplicación se encuentra contenido en el documento CREG 902 002 de 2023.*

***1.12.*** *El 24 de julio de 2023 la sociedad TGI informó sobre la actualización de las tarifas de transporte que serían aplicadas a partir del 1° de agosto del año 2023, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 1° de la Resolución 102 010 de 2022 y la Resolución CREG 102 002 de 2023.*

***1.13.*** *En el mes de agosto de 2023, Gas Natural Cundiboyacense evidenció que la sociedad TGI procedió a emitir la correspondiente facturación incluyendo un Wacc del 11,88%.*

***1.14.*** *Con ocasión de la expedición de la Resolución CREG 102 002 de 2023, mediante radicado E2023014265 de 1° de agosto de 2023 Vanti, -empresa distribuidora perteneciente al Grupo Empresarial del cual hace parte Gas Natural Cundiboyacense-, elevó solicitud de concepto a la CREG sobre cuál sería la tasa de descuento que debería aplicarse por parte del Transportador.*

***1.15.*** *En respuesta a la solicitud de concepto efectuada por Vanti, la CREG mediante radicado S-2023003870 de 28 de agosto de 2023 señaló con base en el documento soporte 902 002 de 2023 que “(…) en cuanto a que la Resolución CREG 175 de 2021 no establece procedimiento alguno para que se actualicen los cargos una vez se realiza un ajuste en la tasa de descuento y que* ***la tasa de descuento definida mediante la Resolución CREG 102 002 de 2023 afecta a las actuaciones administrativas que se desarrollen con posterioridad a la entrada de dicha resolución****.” (Se destaca).*

***1.16.*** *Con base en lo anterior, mediante comunicación de 7 de septiembre de 2023, Gas Natural Cundiboyacense procedió a objetar la factura FI48150 correspondiente al mes de agosto emitida por TGI, indicando la imposibilidad por parte del transportador de aplicar un ajuste a la tasa de descuento descrita en el numeral 1.11 a partir del 1° de agosto de 2023, sustentado en el documento soporte de la Resolución 102 002 de 2023 y que fue citado en el concepto emitido por el regulador[[2]](#footnote-3).*

***1.17.*** *En respuesta a la objeción presentada por Gas Natural Cundiboyacense cuyo sustento se basa en el cumplimiento de la regulación, TGI en comunicación remitida el 5 de octubre y con fecha 3 de octubre de 2023, luego de hacer una explicación sobre su interpretación del parágrafo del artículo 4 de la Resolución CREG 004 de 2021 y la vigencia de lo dispuesto en la Resolución 102 002 de 2023 indicó:*

*“(…) Como fue señalado anteriormente, la Resolución 102 002 modificó la tasa de descuento aplicable a la actividad de transporte de gas natural, anteriormente establecida en la Resolución CREG 103 de 2021. A su vez, estas dos resoluciones CREG fueron expedidas en cumplimiento de lo ordenado por la Resolución 004 y con base en la misma.*

*“Así entonces, la Resolución 102 002 únicamente aplica lo dispuesto por la Resolución 004 más no establece en sí misma una nueva regla sobre la aplicación de la tasa de descuento y, de igual forma, la Resolución 103 de 2021 también se expide para aplicar lo señalado en la Resolución 004.*

*“Esta conclusión está reiterada expresamente en el parágrafo del artículo 2 de la Resolución 102 002 establece: "La vigencia de la tasa de descuento definida en este artículo estará supeditada a las disposiciones del parágrafo del artículo 4o de la Resolución CREG 004 de 2021 o aquellas normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, cuando a ello hubiere lugar".*

*“Es decir, la interpretación de la vigencia y aplicación de la Resolución 102 002 no puede hacerse solamente con base en lo dispuesto en esta Resolución pues el mismo acto administrativo estableció expresamente que su vigencia sería con base en lo señalado por el "parágrafo del artículo 4 de la Resolución CREG 004 de 2021", el cual fue analizado anteriormente.*

*“A su vez, debe resaltarse que la misma Resolución 102 002 también señaló que "la presente resolución rige a partir de su publicación en el Diario Oficial y deroga las normas que le sean contrarias".*

***1.18.*** *Por otro lado, en lo que se refiere al concepto emitido por la CREG sobre la aplicación de la tasa de descuento señaló:*

*“La legislación colombiana establece los criterios que deben seguirse para interpretar normas, las cuales son aplicables a los actos administrativos expedidos por la CREG.*

*“La CREG mediante el Concepto contestó una petición presentada por Vanti en la que se solicitó "emitir un concepto donde se especifique a partir de qué momento dentro el proceso de expedición de cargos de transporte, conforme a la resolución 175 de 2021, los transportadores o la Comisión aplicarán la nueva tasa de descuento".*

*“El Concepto es emitido con base en las competencias de la CREG y, a su vez, tiene el alcance señalado en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 que dispone "salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución".*

*“Bajo el entendido que el Concepto no es vinculante, en respuesta a la pregunta elevada por Vanti a la CREG señaló:*

*(a) "[s]e ratifica lo expresado en el documento CREG 902 002 de 2023 en cuanto a que la Resolución CREG 175 de 2021 no establece procedimiento alguno para que se actualicen los cargos una vez se realice un ajuste en la tasa de descuento y que la tasa de descuento definida mediante la Resolución CREG 102 002 de 2023 afecta a las actuaciones administrativas que se desarrollen con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha resolución"*

*(b) "En cuanto a las actuaciones que actualmente se vienen desarrollando relacionadas con la definición de cargos de transporte de gas natural, en cumplimiento de lo establecido en la resolución CREG 175 de 2021, serán sujeto de aplicación de la tasa de descuento que se encuentre vigente para el momento en el que se expidan las resoluciones que resuelven dichas actuaciones administrativas".*

*“En relación con el momento de aplicación de la tasa de descuento definida en la Resolución CREG 102 002, la CREG interpreta la normatividad con base en lo que fue señalado en el documento CREG 902 002 de 2023 (documento soporte de la Resolución CREG 102 002 de 2023).*

*“Por esto, aunque el documento soporte de la Resolución 102 002 parece indicar que la modificación de la tasa de descuento no se vería reflejada en los cargos aplicados conforme al artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021,* ***no es claro el análisis ni el motivo realizado por la CREG para llegar a esta conclusión, ni el fundamento normativo de la misma.***

*(…)*

*“Por lo anterior, en aplicación de los criterios de interpretación normativa, TGI, como empresa prestadora de servicios públicos,* ***no puede basar sus decisiones exclusivamente en una respuesta dada por la CREG en el documento soporte de la Resolución 102 002*** *(la cual no hace parte del texto del acto administrativo) sino que, por el contrario, debe aplicar la normatividad haciendo una interpretación completa y armónica de la misma.*

*“Por ello, TGI debe aplicar la ley que expresamente establece que las normas deben interpretarse armónicamente y ante asuntos que no sean claros debe atenderse su intención o así como la historia fidedigna de su establecimiento.*

*“En conclusión, TGI, como empresa de servicios públicos domiciliarios está obligada a cumplir lo señalado en la Ley y en los actos administrativos que le son aplicables. Por ello, en ejercicio de la buena fe, la debida diligencia, las obligaciones de las empresas de servicios públicos, así como de su responsabilidad con el patrimonio público, y en cumplimiento de la ley, TGI analizó e interpretó de acuerdo con las reglas establecidas en la Ley. Lo anterior, de acuerdo con los motivos antes expuestos”.*

***1.19.*** *Debe destacarse que estas consideraciones han sido puestas en conocimiento de la CREG a través de comunicación radicada el 26 de diciembre de 2023, en donde TGI y, en general los transportadores y remitentes secundarios, han decidido aplicar la nueva tasa de descuento definida en la Resolución CREG 102-002 de 2023.*

***1.20.*** *Así mismo el 16 de febrero de 2024 la CREG expidió la Circular 011 de 2024 bajo el asunto “DIVULGACIÓN DE CONCEPTOS SOBRE APLICACIÓN DE LA TASA DE DESCUENTO EN LOS CARGOS DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL, CONFORME A LAS DISPOSICIONES DE LA RESOLUCIÓN CREG 175 DE 2021 Y DE LA RESOLUCIÓN CREG 103 DE 2021”por medio de la cual pone en conocimiento de todos los usuarios, prestadores de servicios públicos del sector los conceptos que la Comisión ha proferido “sobre la tasa de descuento que se debe aplicar a los cargos de transporte de gas natural conforme las disposiciones de la Resolución CREG 175 de 2021 y la Resolución CREG 103 de 2021”.*

***1.21.*** *En dicha circular fueron publicados para la consulta pública los conceptos que fueron emitidos con ocasión de las solicitudes de Vanti S.A. ESP.*

***1.22.*** *Es pertinente señalar que Gas Natural Cundiboyacense en su calidad de Distribuidor y Comercializador ha actuado con la debida diligencia para la defensa y adecuada gestión de los derechos de los usuarios, por lo que, el 24 de enero de 2024 sostuvo reunión con la Dirección Técnica de Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos con el fin de poner en conocimiento esta situación y la afectación en la facturación tanto de los usuarios regulados como no regulados.*

***1.23.*** *Pese a nuestra inconformidad sobre la interpretación efectuada por parte del Transportador con quien se tiene el contrato, Gas Natural Cundiboyacense ha procedido a objetar las facturas emitidas por TGI, es decir, por los conceptos afectados por el Wacc sin perjuicio de aplicar las tarifas liquidadas a sus usuarios; lo anterior en aplicación del criterio del pass-through.*

***1.24.*** *La decisión de TGI de aplicar la tasa de descuento del 11,88% además de generar un sobrecosto en los contratos de transporte vigente entre las partes, que reiteramos, no está permitido por la regulación vigente, tal y como lo ha señalado la CREG en su concepto S-2023003870 de 28 de agosto de 2023, ha generado que se susciten inconformidades por parte de los Usuarios, lo cual se ha traducido en la formulación de glosas a la facturación de Gas Natural Cundiboyacense generando así un impacto significativo en el recaudo de éstas, una descompensación de cargas económicas en desmedro de la sociedad Gas Natural Cundiboyacense.*

***2. Fijación de la controversia.***

*La presente controversia tiene como sustento las discrepancias entre las partes derivadas de la interpretación de la regulación expedida por la Comisión asociada a la aplicación de la tasa de descuento ajustada mediante la Resolución CREG 102 002 de 2 de junio de 2023, a partir del mes de agosto, en los cargos mensuales por parte del Transportador al comercializador.*

*En tal sentido, por disposición de la Ley, corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, asumir conocimiento del asunto y dirimir el conflicto entre las partes, con base en lo dispuesto en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 que dispone:*

*“Artículo 73. Funciones y Facultades Generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:*

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

*En consecuencia, corresponde a la CREG resolver si la sociedad Transportadora de Gas Internacional puede aplicar para la actualización de los cargos mensuales de una tasa de descuento del 11,88% aprobada en la Resolución CREG 102-002 de 2023 o, si por el contrario, le corresponde aplicar el 10,94%, conforme lo explicado en los hechos expuestos en este documento y que tiene como fundamento tanto las consideraciones de la Resolución CREG 175 de 2021, el documento soporte de la Resolución 102-002 de 2023 y sus antecedentes.*

*Para Gas Natural Cundiboyacense es claro que la tasa de descuento definida mediante la Resolución CREG 102 - 002 de 2023 afecta a las actuaciones administrativas que se desarrollen y terminen con posterioridad a la entrada de dicha resolución, tal y como lo señaló la CREG en el concepto emitido y al que se ha hecho referencia en esta comunicación. Los cargos actualmente facturados por TGI a Gas Natural Cundiboyacense, se fundamentan en la Resolución CREG 502 024 de 15 de julio de 2022 modificada por la Resolución CREG 502 035 de 24 de mayo de 2023[[3]](#footnote-4) y por ende la tasa del 11.88% no resulta aplicable.*

*La diferencia conceptual que existe entre las partes versa en determinar cuál es el factor* ***Tkc*** *y* ***Tkv*** *a que se hace referencia en los literales i, ii y iii del artículo 6 de la Resolución CREG 175 de 2021 en donde se determina cómo se debe hacer el cálculo mensual de las tarifas de transporte actualizando costo de capital y moneda de cargos. En el citado artículo se indica, por ejemplo, para los cargos fijos las siguientes fórmulas:*

$$IE\_{f,a}^{}=IEcop\_{a}^{}+VP\left(PNIcop\_{a}^{},IACcop\_{a}^{},Tkc\right)$$

$$CFI\_{λf}^{}=\frac{IE\_{f,a}^{} λ\_{f}}{VP\left(CAP\_{a,i}^{},Tkc\right)}$$

$$CAP\_{a,i}^{}=DEC\_{a,i}^{}+\sum\_{pr=1}^{Pr}DEC\\_IAC\_{pr,i}^{}$$

*En este artículo no se especifica cuál es el factor Tkc o Tkv que se debe usar, como si lo hace, por ejemplo, con el IPCa o TRMa y se determina que el índice a, corresponde a la fecha de 31 de diciembre de 2021; por tanto, como lo ha solicitado Vanti a la Comisión en su comunicación de 26 de diciembre de 2023. Con base en lo anterior y al tenor de lo establecido en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, corresponde a la Comisión resolver el conflicto existente entre las partes e indicar la tasa de descuento aplicable de cara a la regulación vigente.*

***II. Competencia de la CREG para atender la solicitud***

*El artículo 73 de la Ley 142 de 1994 describe las facultades generales de las Comisiones de Regulación, señalando como función “(…) regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.”*

*Entre las funciones y facultades especiales, el legislador otorgó a las Comisiones de Regulación, entre otras, la dispuesta en el numeral 73.8 que indica la competencia para:*

*“(…)* ***Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos*** *o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad”. (Negrita propia).*

*A su turno, el artículo 2 de la Resolución CREG 066 de 1998 “Por la cual se señalan las reglas mediante las cuales la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tramitará y resolverá las peticiones sobre resolución de los conflictos de que trata la Ley 142 de 1994, artículo 73, numerales 73.8 y 73.9”, señala que las empresas que sean parte de un conflicto podrán, por su propia iniciativa, solicitar mediante una petición en interés particular, que la Comisión resuelva dicho conflicto.*

*Como puede observarse, estas disposiciones tienen una doble connotación: por un lado, otorga una competencia a la autoridad reguladora de* ***resolver los eventuales conflictos*** *que los agentes llegasen a presentar para la solución de éstos y, por el otro, el derecho que le asiste* ***a cualquiera de las partes*** *de presentar solicitud ante la Comisión exponiendo la correspondiente inconformidad derivada de contratos.*

*Resulta relevante destacar que esta competencia ha sido analizada previamente por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, como a continuación se expone:*

*Por un lado, en sentencia C-1120 de 2005 la Corte Constitucional al declarar la constitucionalidad de estas facultades generales contenidas en la Ley 142 de 1994 a las Comisiones de Regulación, indicó que:*

 *“(…) Del examen de las funciones de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios, a cargo de las Comisiones de Regulación, de que tratan las normas demandadas, resulta que:*

***“i) “Son funciones de regulación de la prestación de los mencionados servicios****, conforme a los criterios expresados en las consideraciones generales de esta sentencia, y, más ampliamente, son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas con fundamento en lo dispuesto en el Art. 334 de la Constitución.*

*“En efecto, las facultades de resolver tanto los conflictos por* ***razón de los contratos*** *o servidumbres (Num. 73.8 del Art. 73) como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios (Num. 73.9 del Art. 73)* ***son desarrollo de la función general prevista en el inciso 1º del mismo artículo, en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular*** *los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.*

*“En estas condiciones,* ***tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación****, con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.*

*“Lo mismo puede afirmarse sobre los conflictos entre operadores en los casos en que se requiera garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio, cuya resolución asigna el Art. 74, Num. 74.3, de la Ley 142 de 1994 como función especial a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.*

***“ii) Por otra parte, las decisiones que deben adoptar las Comisiones de Regulación en la solución de los mencionados conflictos tienen carácter de actos administrativos que ponen fin a la actuación administrativa y están sometidas al control de legalidad por parte de la jurisdicción****, como expresamente lo señalan los numerales acusados 73.8 y 73.9 del Art. 73 de la Ley 142 de 1994, y aunque en el Art. 74, Num. 74.3, Lit. b), de la misma ley no se hace el mismo señalamiento, debe entenderse así conforme a las reglas generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo. (…)”*

*“****De lo anterior se concluye que las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa, no sólo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial****. Esta actividad de la Administración Pública o de órganos administrativos corresponde a la denominada función arbitral de los mismos, en cuyo ejercicio actúan como árbitros de los conflictos entre particulares o entre éstos y otro órgano administrativo.*

*“Por consiguiente, los apartes normativos impugnados no establecen un trato diferente entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y las demás personas, respecto de la administración de justicia, por no ser los conflictos entre las primeras objeto de una decisión judicial, sino de una decisión administrativa reguladora de la prestación de dichos servicios. Ello significa que el trato otorgado por el legislador a dichas empresas en relación con la resolución de los mencionados conflictos es distinto porque su situación es distinta de la de las personas que no prestan esos servicios, por lo cual no es procedente efectuar el examen de igualdad conforme a la jurisprudencia constitucional. “****En este orden de ideas, tales disposiciones no vulneran tampoco el principio del juez natural, que forma parte integrante del principio del debido proceso judicial, ni el derecho de acceso a la administración de justicia****”. (Se destaca)*

*A su turno, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 27 de marzo de 2008[[4]](#footnote-5), al efectuar el análisis de una controversia en donde medió la intervención de una Comisión en la resolución de una disputa contractual, con base en la posición de la Corte Constitucional, indicó:*

*“De acuerdo con la jurisprudencia que antecede, en criterio de la Corte Constitucional la facultad de la CRT para dirimir los conflictos sobre asuntos de interconexión, a solicitud de parte, es una función típicamente administrativa, que se aviene a los preceptos superiores, como expresión de las funciones de intervención del Estado en las actividades económicas, según lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución y, por lo mismo, no son de naturaleza judicial.* ***Por ello, desde el punto de vista legal las dos funciones que han sido claramente deslindadas por el Legislador: los numerales 73.8 y 73.9 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, que señalan con claridad meridiana que dicha atribución de resolver conflictos que surjan entre las empresas debe ser de aquellos “que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas”, o lo que es igual, ratifica que no se trata de una función judicial sino de una atribución meramente administrativa.***

*“(…)*

*“Sin embargo, ello no significa que sea la Sala, quien en esta oportunidad debe entrar a determinar por vía general en qué eventos la competencia de las comisiones es admisible por ser administrativa y cuando no por tratarse de un ejercicio jurisdiccional; por ello, aunque, en veces, no sea tarea fácil desentrañar una y otra función pública, en cada caso particular habrá de analizarse el tipo y naturaleza de la controversia que se presenta entre los operadores para concluir materialmente el ámbito de la función pública en que queda inmersa y determinar cuál es la autoridad con competencia para conocerla y resolverla; si lo es la Administración con fundamento en sus funciones de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, o ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten o regular los monopolios y promover la libre y leal competencia; o lo es la Jurisdicción en desarrollo de su función de administrar justicia. (Se destaca).*

*Por otro lado, en sentencia de 1° de enero de 2009, el Consejo de Estado[[5]](#footnote-6) precisó el alcance de la interpretación anterior señalando:*

*“(…) En estos términos, para la Corte es claro, como lo ha sido para esta Sala, que la potestad de resolución de conflictos* ***es una función administrativa a cargo de los órganos reguladores****, de manera que no comporta el ejercicio de la función jurisdiccional. En otras palabras, la función pública de regulación de los SPD, ejercida en este caso, es una expresión de la función administrativa, a la cual pertenece aquélla.*

*“La Corte Constitucional, según esta sentencia, declaró que no viola la Carta Política el poder atribuido a las comisiones reguladoras para resolver, administrativamente, de manera previa a la jurisdicción, los conflictos que se presenten entre empresas, en las condiciones previstas en los numerales 8 y 9 del art. 73, así como en el literal b, numeral 3, del art. 74 de la ley 142 de 1994.*

***“Esta facultad, sin más límites materiales de los que impone la misma norma que la autoriza, y desde luego la Constitución, supone que toda controversia, que se enmarque en los supuestos normativos declarados exequibles –conflictos entre empresas, relacionados con contratos o servidumbre, o con la atención a usuarios, entre otros-pueden ser sometidos a dicho mecanismo de composición administrativo, sin perjuicio del control de legalidad, a cargo de esta jurisdicción, que puede tener el acto administrativo que decide el tema.***

*“Además, esta potestad de resolver conflictos encarna y realiza, como lo dice la Corte Constitucional, la función regulatoria, de manera que su resultado es un acto administrativo particular, que afecta a una empresa o persona determinada, lo cual evidencia que la regulación se puede contener en diversos instrumentos jurídicos, entre ellos, en actos administrativos particulares o generales, y, en otras ocasiones, en reglamentos y en otro tipo de instrumentos jurídicos que sirven de medio de expresión de la voluntad de la administración que regula.” (Destacado propio).*

*Con base en estos antecedentes, es claro que la posición de la jurisprudencia nacional avala la utilización de este mecanismo legal contenido en el régimen de servicios públicos, al considerar que la resolución de este tipo de controversias por parte de las Comisiones de Regulación es una manifestación de la función administrativa y específicamente, de la función regulatoria.*

*Por lo anterior y conforme a lo previsto en el artículo 73, numeral 73.8 de la Ley 142 de 1994, es procedente la formulación de la presente solicitud y, por tanto, la CREG deberá asumir conocimiento del presente asunto para su resolución conforme a la regulación vigente”.*

Frente a la facultad asignada a esta Comisión en el numeral 8 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 y el desarrollo hecho a través de la Resolución CREG 066 de 1998, esta Comisión ha precisado su alcance y aplicación en diversos pronunciamientos, como el caso de las resoluciones CREG 071 de 2013, 015 de 2014, 071 de 2018 y 134 del mismo año.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional y administrativa en este mismo sentido ha expuesto que:

*“En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación con el fin de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación”.*

Teniendo como antecedentes este fallo, así como la sentencia C- 955 del 14 de noviembre de 2007, el Honorable Consejo de Estado en su Sección Primera, mediante sentencia del 30 de abril de 2009, al resolver una acción de simple nulidad en contra de un acto administrativo expedido por la Comisión de Regulación de Agua Potable, CRA, analiza el alcance de la atribución regulatoria, en primera medida como mecanismo de intervención en la economía y los instrumentos a través de los cuales ésta se materializa, para lo cual establece que su ejercicio desborda la concepción de la regulación en sentido amplio, es decir, el ejercicio de una atribución netamente normativa, ya que esta **“implica la realización de acciones y adopción de medidas administrativas”** en algunos casos en situaciones particulares. En relación con esto este Alto Tribunal precisa:

*“En ese orden de ideas, la actividad sujeta a regulación reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado mismo en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está involucrado el disfrute efectivo de los derechos fundamentales e individuales y donde se impone la adopción de medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado****. En estas circunstancias, la Intervención del Estado se explica entonces por la necesidad de preservar o restablecer el equilibrio que debe existir entre aquellos actores que abrigan intereses legítimos contrapuestos en un ámbito socioeconómico que es de suyo dinámico v competitivo, de tal suerte que el rol a desempeñar por parte del Estado, debe traducirse básicamente en la orientación de tales actividades hacia los fines de Interés general que han sido señalados por el constituyente y el legislador.***

*Lo anterior permite comprender la razón por la cual el vocablo ‘regulación que como ya se dijo se encuentra estrechamente asociado a la idea de producción normativa, significa también, desde esta otra perspectiva y en forma adicional, (...).*

*Así las cosas, cuando el sector privado asume el papel de prestador de servicios públicos domiciliarios, debe someterse a la regulación estatal, sin perder de vista que el interés general se encuentra estrechamente ligado a la manera como se dé cumplimiento a dicha actividad”[[6]](#footnote-7). (Resaltado fuera de texto)*

En virtud de lo anterior, no todo conflicto que surja entre agentes en relación con los contratos que estos celebren debe ser resuelto en virtud de la artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, en la medida a partir de lo expuesto en la jurisprudencia y su aplicación regulatoria, el ejercicio de esta facultad por parte de esta Comisión ha considerado que los conflictos que se deben resolver en ejercicio de dicha facultad son aquellos que surjan entre empresas por razón de los contratos que puedan generar fallas en el mercado que afecten los fines perseguidos por la regulación, entre los cuales se encuentran promover la competencia, evitar el abuso de la posición dominante, la prestación eficiente del servicio y en general el debido y adecuado funcionamiento del mercado dentro de la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En relación con esto, la misma jurisprudencia administrativa citada expuso:

*“Expresado de otra manera****, no se ajusta a lo mandado en ese precepto superior, el hecho de que se permita, que las fallas del mercado sean resueltas o corregidas por el simple arreglo directo de las partes involucradas en el conflicto. Lo anterior, teniendo en cuenta que la solución de tales conflictos, constituye en sí misma una modalidad de regulación del mercado siendo por el mismo Estado el único llamado a solucionarlos, pues de admitirse la posibilidad de confiar es responsabilidad a los prestadores privados del servicio, el Estado estaría renunciando el papel del árbitro regulador que le es propio****”. (Resaltado fuera de texto)*

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el ejercicio de esta función se deriva de la existencia de un contrato, se considera que estos constituyen un mecanismo jurídico a través del cual quienes se dedican a una actividad económica realizan dicha actividad, así como establecen las disposiciones que los han de regir. Sin embargo, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional “*no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual*”[[7]](#footnote-8).

En este sentido, el ámbito de la autonomía privada de la voluntad, base de los contratos, no es el mismo en todas las actividades económicas, donde para algunas actividades se presenta un mayor grado de intervención, toda vez que allí se pueden presentar fallas o imperfecciones que la ameritan, con el fin de ser corregidas o eliminadas.

Por tanto, existen actividades para las cuales la regulación determina directamente aspectos sustanciales de la relación jurídica o contrato, como sucede por ejemplo en las actividades monopólicas sometidas al régimen de libertad regulada, al involucrase intereses asociados con el interés general, mientras que en otras actividades o en estas mismas, en las que se involucran aspectos sustanciales del contrato que se refieren a intereses particulares, pueden ser determinados por la partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea a través del régimen de libertad vigilada o se permiten definir por las partes, si así lo dispone la regulación.

A partir de lo anteriormente expuesto, se establece que el conflicto que se somete a consideración de la Comisión se presenta en relación con el contenido del contrato de transporte número ESTF-15-2009 donde dicho conflicto implica establecer la tasa de descuento aplicable para los cargos de transporte de estos contratos.

Frente a esto, se debe tener en cuenta que la tasa de descuento en la actividad de transporte de gas natural corresponde a un asunto definido y establecido en la regulación, entre otras, a través de las resoluciones CREG 004 de 2021, 103 de 2021 y 102 002 de 2023, por lo que no corresponde este tema de interés meramente particular o a un asunto que pueda ser definido por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad contractual.

De acuerdo con esto, se considera por parte de la Comisión que este conflicto se ajusta a los elementos expuestos en relación con el alcance de la facultad regulatoria asignada a esta Entidad y los conflictos que pueden ser resueltos por esta Comisión a través de dicha facultad, toda vez que la solicitud se dirige a dilucidar un conflicto que se deriva de la interpretación de la regulación aplicable a un contrato, con lo cual esta Entidad cuenta con competencia para adelantar una actuación administrativa particular a efectos de resolver dicha solicitud.

Finalmente, la Ley 1437 de 2011 establece en su artículo 37 lo siguiente:

*“ARTÍCULO 37. DEBER DE COMUNICAR LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS A TERCEROS. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos”.*

En virtud de esta disposición, de la solicitud remitida por GAS NATURAL CUNDIBOYACENSE S.A. E.S.P. y sus anexos se dará traslado a la empresa TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P., en adelante TGI, e igualmente se vinculará al trámite de la actuación para que intervenga con los mismos derechos, deberes y responsabilidades del solicitante.

Según lo anterior, la CREG con el propósito de decidir la solicitud, previo el análisis de sus fundamentos de hecho y de derecho y sus consecuencias y, para garantizar el derecho de defensa de los afectados, debe agotar el trámite previsto en los Artículos 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994 y en lo no previsto en ellos, aplicará las normas de la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que sean compatibles.

**RESUELVE:**

**PRIMERO.** Ordénese la formación de un expediente administrativo con el objeto de resolver el conflicto entre la empresa GAS NATURAL CUNDIBOYACENSE S.A. E.S.P. y la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. en lo referente a las peticiones formuladas en los numerales 3.1. y 3.2 de su solicitud para pronunciarse sobre la correcta aplicación de la regulación en materia de la tasa de descuento dentro de la actividad de transporte de gas natural y establecer la tasa de descuento que aplicable a estos contratos.

En virtud de lo anterior, incorpórese al expediente administrativo de la presente actuación la solicitud hecha por la empresa GAS NATURAL CUNDIBOYACENSE S.A. E.S.P. y los anexos de la solicitud.

**SEGUNDO.** Conforme ha dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 108 Ley 142 de 1994 y la Resolución número CREG 66 de 1998 comunicar a TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. de la existencia de la actuación para que pueda constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

Para estos efectos, se dará traslado de la solicitud hecha por la empresa GAS NATURAL CUNDIBOYACENSE S.A. E.S.P. y sus anexos para que se pronuncie sobre la misma, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo del presente auto.

**TERCERO.** Publicar en la página Web de la CREG y en el *Diario Oficial*, el extracto que para los efectos del artículo 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se anexa al presente Auto.

**CUARTO.** Comuníquese a las empresas GAS NATURAL CUNDIBOYACENSE S.A. E.S.P. y a TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. el contenido del presente Auto. Contra el mismo no procede ningún recurso en virtud de lo previsto en los artículos 40, 73 y 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

**OMAR PRIAS CAICEDO**

Director Ejecutivo

1. *Publicada en el Diario Oficial No. 52.433 de 21 de junio de 2023* [↑](#footnote-ref-2)
2. *(…) De esta manera, se reitera la posición de Vanti expresada previamente a ustedes en el sentido de que no es procedente realizar ajuste alguno a las tarifas de transporte por este concepto a partir del 1° de agosto del año 2023 y por lo tanto no se debe tener en cuenta en la facturación a presentar en el mes de septiembre y meses siguientes de 2023.* [↑](#footnote-ref-3)
3. *Publicada en el Diario Oficial 52.405 de 24 de mayo de 2023.* [↑](#footnote-ref-4)
4. *Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación (33645)* [↑](#footnote-ref-5)
5. *Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Radicación (34846).* [↑](#footnote-ref-6)
6. *Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera. Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009), Núm. Rad.: 11001 032400020040012301.* [↑](#footnote-ref-7)
7. *Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz* [↑](#footnote-ref-8)