**SERVICIOS PÚBLICOS - Acto regulatorio - Tarifa - Naturaleza jurídica**

Si bien las decisiones contenidas en tales actos impactan el contrato, precisamente por regular las tarifas, eso no implica que ellos sean de naturaleza contractual, pues no se expidieron por la entidad contratante, ni con ocasión del contrato, sino que se trató de una regulación de aspectos técnicos que debían ser aplicados por quienes prestaran el servicio respectivo, ante lo cual cabe recordar que “la fuente de la competencia administrativa para regular o modificar las condiciones en que se prestan los servicios públicos o se construyen, mantienen o explotan los bienes públicos concesionados, es legal o reglamentaria y no contractual” , esos actos no revisten la naturaleza de contractuales por el hecho de que la representación de la CREG la tenga el Ministerio de Minas y Energía, por carecer ella de personería jurídica, pues, con la expedición de actos administrativos regulatorios, como son los de fijación de fórmulas tarifarias, la CREG está cumpliendo con sus funciones legales en virtud de su independencia técnica.

**SERVICIOS PÚBLICOS - Acto regulatorio - Tarifa - Controversias Contractuales - Improcedencia**

Al no revestir los actos demandados la naturaleza de contractuales, la acción para enjuiciarlos no podía ser la de controversias contractuales, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho; al respecto, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que, para que proceda la acción contractual, lo que se discute debe tener origen directo en el contrato y que el acto administrativo es contractual cuando es expedido por la entidad que hace parte del contrato (transcripción literal): «[…] la acción de controversias contractuales puede comprender diferentes pretensiones –sin incurrir en una indebida acumulación-; es decir, nótese que mediante esa vía judicial pueden tramitarse conjuntamente varias súplicas de diferente naturaleza, como lo son por ejemplo las indemnizatorias, las de nulidad e incluso cualquier otra declaración o condena **que devenga de un asunto de carácter contractual**, acción que, por lo demás, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo, se debe tramitar por el procedimiento ordinario» «negrillas propias».

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS COMBUSTIBLE - Naturaleza jurídica**

La Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG es una unidad administrativa especial, sin personería jurídica, y con independencia administrativa, técnica y patrimonial (L.142/94, art, 69. L.489/98 arts. 38 y 48). Sobre la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación, ya ha señalado la Sala […]. «Como se observa, las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios, en virtud de lo establecido por la ley, son Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, que detentan ciertas características particulares a saber: i) Se encuentran sometidas a las reglas que les impongan sus normas de creación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998); ii) Gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial aún sin tener personería jurídica (artículo 69 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 48 de la Ley 489 de 1998) y iii) Ejercen su función de regulación a través de las competencias que les asigne el legislador o el Presidente de la República a través de la figura de la delegación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998)».

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Fundamento**

Para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejerzan en un término específico. En este sentido, los interesados tienen la carga procesal de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado dentro del plazo fijado por la ley o, de no hacerlo en tiempo, no podrán obtener la satisfacción del derecho reclamado por la vía jurisdiccional. Las normas de caducidad tienen, pues, fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que ciertas situaciones permanezcan indefinidas en el tiempo. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio del derecho de acción, acudan a la jurisdicción con el fin de satisfacer sus pretensiones.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación :** 47001233100020070052701

**Expediente :** 40.189

**Demandante:** Promigás S.A. ESP

**Demandado:** Nación Ministerio de Minas y Energía y CREG

**Naturaleza:**  Acción contractual

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2010, por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se declaró de oficio la excepción de caducidad de la acción de controversias contractuales.

### **I.- ANTECEDENTES.-**

**1.- La demanda.-**

Mediante escrito radicado el 18 de diciembre de 2007 en el Tribunal Administrativo del Magdalena, Promigás S.A. ESP formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción contractual, contra la Nación – Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Regulación de Energía y Gas, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como obra en el expediente):

“**1.** **Pretensiones principales:**

“**Primera:** Declárase que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió el contrato de concesión celebrado con PROMIGAS el 18 de diciembre de 1975, al no reconocer al concesionario el valor de las inversiones realizadas por éste para la rehabilitación y recubrimiento del gasoducto entregado en concesión, en el tramo Guajira (Ballena) – Cartagena.

“**Segunda:** Declárase la nulidad de las Resoluciones 018 de 2001, 014 de 2002, 089 de 2004 y 120 de 2005, proferidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

“**Tercera:** Como consecuencia de lo anterior, condénese a las entidades demandadas a pagar a PROMIGAS el valor que esta sociedad ha invertido en la rehabilitación y recubrimiento del gasoducto objeto de la concesión, en el tramo Guajira (Ballena) – Cartagena, y que no le ha sido reconocido en la regulación tarifaria. Este valor, que estimo en una suma no inferior a VEINTE MILLONES DE DÓLARES (U$20.000.000), será determinado con fundamento en las pruebas que se alleguen a expediente.

“**Cuarta:** Ordénese la actualización monetaria de las condenas a cargo de las entidades demandadas. Sobre la suma actualizada, condénese a las demandadas a pagar intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley, hasta el día del pago.

“**Quinta:** Condénese en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas, si a ello hubiere lugar.

“**2. Primeras pretensiones subsidiarias:**

“Si el H. Tribunal estimare que las pretensiones principales no están llamadas a prosperar, atentamente solicito acoger las siguientes pretensiones subsidiarias:

“**Primera:** Declárase que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió el contrato de concesión celebrado con PROMIGAS el 18 de diciembre de 1975, al no reconocer al concesionario el valor de las inversiones realizadas por éste para la rehabilitación y recubrimiento del gasoducto entregado en concesión, en el tramo Guajira (Ballena) – Cartagena.

“**Segunda:** Declárase la nulidad de las Resoluciones 018 de 2001, 014 de 2002, 089 de 2004 y 120 de 2005, proferidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

“**Tercera:** Ordénese a las entidades demandadas incluir en la tarifa de transporte de gas natural aplicable al gasoducto entregado en concesión a PROMIGAS (tramo Ballena – Cartagena), las inversiones realizadas por esta sociedad para la rehabilitación y recubrimiento de dicho tramo, de manera que el valor de tales inversiones pueda ser recuperado íntegra y eficazmente por la sociedad que represento.

“**Cuarta:** Condénese en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas, si a ello hubiere lugar.

“**3. Pretensiones subsidiarias secundarias:**

“Si el H. Tribunal estimare que las pretensiones principales y las primeras pretensiones subsidiarias no están llamadas a prosperar, atentamente solicito acoger las siguientes pretensiones subsidiarias secundarias:

“**Primera:** Declárase que la Nación – Ministerio de Minas y Energía incumplió el contrato de concesión celebrado con PROMIGAS el 18 de diciembre de 1975, al no reconocer al concesionario el valor de las inversiones realizadas por éste para la rehabilitación y recubrimiento del gasoducto entregado en concesión, en el tramo Guajira (Ballena) – Cartagena.

“**Segunda:** Condénese a las entidades demandadas a indemnizar a PROMIGAS los perjuicios patrimoniales que esta sociedad ha sufrido como consecuencia del incumplimiento contractual al que se ha hecho referencia en la pretensión anterior. El valor de estos perjuicios, que estimo en una suma no inferior a VEINTE MILLONES DE DÓLARES (U$20.000.000), será determinado con fundamento en las pruebas que se practiquen en el proceso.

“**Tercera:** Ordénese la actualización monetaria de las condenas a cargo de las entidades demandadas. Sobre la suma actualizada, condénese a las demandadas a pagar intereses de mora a la máxima tasa permitida por la ley, hasta el día del pago.

“**Cuarta:** Condénese en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas, si a ello hubiere lugar” (fls. 12 a 14, c. 1).

Por auto del 25 de enero de 2007 se inadmitió la demanda en donde se indicó:

“Por otro lado, se observa que las razones del actor para demandar dentro de la acción contractual, sendos actos administrativos proferidos por la CREG, es que se refieren a la fijación de tarifas aplicables a PROMIGAS para un mismo periodo, sin que esté clara la individualización de las pretensiones, al tenor del artículo 138 del C.C.A., para efectos de contabilizar el término de caducidad de los actos demandados” (fl. 196, c. 1 - se copia como obra en el original).

Conforme a lo anterior, se subsanó la demanda y se individualizaron las pretensiones así (transcripción literal):

“Se demanda la nulidad de los siguientes actos administrativos de naturaleza contractual, cuya copia auténtica fue aportada con la demanda:

“a) Resolución 018 del 20 de febrero de 2001, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, notificada personalmente al Representante Legal de PROMIGAS el 8 de marzo de 2001.

Contra ese acto administrativo PROMIGAS interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución 014 de 2002.

“b) Resolución 014 del 20 de marzo de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, notificada al Apoderado Especial de PROMIGAS el 12 de abril de 2002. Mediante este acto administrativo se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 018 de 2001, la cual fue modificada.

“c) Resolución 089 del 26 de noviembre de 2004, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, notificada mediante edicto fijado el 7 de enero de 2005.

“Contra ese acto administrativo PROMIGAS interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la resolución 120 de 2005.

“d) Resolución 120 del 7 de diciembre de 2005, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, notificada a la Apoderado Especial de PROMIGAS el 27 de diciembre de 2005. Mediante este acto administrativo se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 089 de 2004, la cual fue confirmada en todas sus partes” (fls. 202 y 203, c. 1).

**2.- Hechos.-**

Los hechos narrados son, en síntesis, los siguientes:

**2.1.-** El 18 de diciembre de 1975 la Nación – Ministerio de Minas y Energía y Promigás celebraron un contrato de concesión para construir, operar y mantener el gasoducto de uso público entre La Guajira (Ballena) y Cartagena.

**2.2.-** El 11 de julio de 1994, con la expedición de las leyes 142 y 143 se creó la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible (CREG) como una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

**2.3.-** La CREG expidió la resolución 001 de 2000, la que definió la metodología para fijar las tarifas de transporte de gas natural.

**2.4.-** En aplicación de lo anterior, el 28 de febrero de 2000 Promigás solicitó al Ministerio de Minas y Energía, “por conducto de la CREG”[[1]](#footnote-1), que fijara la tarifa de transporte de gas para el período 2000-2005, con lo cual envió la información requerida por la CREG y solicitó que se aprobara un plan de adecuación de gasoductos en el que se incluyeron las inversiones para la rehabilitación y recubrimiento del tramo Ballena – Cartagena, que resultaban necesarias para la adecuada ejecución del contrato de concesión.

**2.5.-** Con la resolución 18 de 2001 la CREG expidió la tarifa de transporte que debía aplicar Promigas, “desconociendo una parte muy representativa de las inversiones que esta sociedad solicitó se tuvieran en cuenta para la correcta adecuación técnica del Ballena-Cartagena”[[2]](#footnote-2), pues el valor que reconoció por ese concepto fue muy bajo frente al solicitado.

**2.6.-** Promigás interpuso recurso de reposición contra el anterior acto administrativo, el que fue resuelto con la resolución 014 de 2002, en la que modificó algunos aspectos; pero, no reconoció lo solicitado por las inversiones necesarias para la adecuación técnica del tramo Ballena – Cartagena.

**2.7.-** Posteriormente, el 7 de octubre de 2003, Promigás presentó ante la CREG una solicitud de revisión de la tarifa de transporte que se fijó con la resolución 14 de 2002, argumentando que existía un error grave en ese cálculo, porque: i) para su determinación, la CREG tomó la información contable de Promigás, sin tener en cuenta que ella refleja el comportamiento histórico de las cuentas y no las condiciones técnicas del gasoducto, ii) se desconoció el criterio de suficiencia económica y iii) no se incluyó dentro del programa de nuevas inversiones la rehabilitación y recubrimiento del gasoducto Ballena – Cartagena.

**2.8.-** Con la solicitud de revisión tarifaria se solicitó la práctica de pruebas, para demostrar el error grave; sin embargo, las pruebas de mayor importancia no fueron ordenadas, practicadas, ni valoradas por la CREG, con lo que se violó el debido proceso.

**2.9.-**  El 26 de noviembre de 2004, la CREG expidió la resolución 89, por medio de la cual resolvió la solicitud de revisión tarifaria y no accedió a las peticiones de Promigás.

**2.10.-** Contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto con la resolución 120 del 7 de diciembre de 2005, la cual confirmó la decisión recurrida. Según el demandante, en esta última resolución la CREG presentó argumentos y razones nuevos que no pudieron ser controvertidos, con lo que se vulneró el debido proceso.

**2.11.-** Las resoluciones demandadas desconocen los principios tarifarios de suficiencia financiera, reciprocidad y equilibrio económico, consagrados en la Ley 142 de 1994, en el contrato de concesión y en el Código de Petróleos; adicionalmente, con ellas se violó el debido proceso y la igualdad del demandante.

Todo lo anterior generó una lesión injustificada a los intereses de Promigás, pues tuvo que asumir la inversión necesaria para el mantenimiento y la adecuada operación del gasoducto Ballena – Cartagena por un tiempo mayor al inicialmente previsto, sin que esos valores se le hayan reconocido en la regulación tarifaria.

**2.12.-**  Así mismo, el Ministerio de Minas y Energía incumplió el contrato de concesión por no reconocer el valor de la inversión para la adecuación técnica del gasoducto en el tramo Ballena – Cartagena, lo que causó graves perjuicios económicos a Promigás.

**3.- Norma violada y concepto de la violación.-**

Se invocó como norma violada el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, que regula la adecuada fijación de las tarifas de servicios públicos, en especial los principios de suficiencia financiera, eficiencia y equilibrio económico.

Se indicó que Promigás solicitó el reconocimiento de las inversiones necesarias para el mantenimiento del gasoducto entre Ballena y Cartagena, inversión que era indispensable porque éste había agotado su vida útil. Al no incluirse en la regulación de la tarifa ese valor, se desconoció el principio de suficiencia financiera, dado que esa omisión impide recuperar esos gastos; así mismo, se incurre en incumplimiento contractual y afecta la viabilidad financiera de Promigás.

De otra parte, aseveró el actor que se desconoció el principio de eficiencia económica, porque la tarifa fijada no se acercó a los precios del mercado, pues no refleja adecuadamente la inversión hecha para garantizar un servicio óptimo.

Agregó que con la solicitud de revisión tarifaria se solicitó la práctica de pruebas, necesarias para demostrar el error de cálculo y el desequilibrio económico, pero se negaron y con ello se violó el debido proceso.

Concluyó que la violación de los principios orientadores de la actividad reguladora tarifaria y del debido proceso “se traduce en un incumplimiento del contrato de concesión por parte de la Nación – Ministerio de Minas y Energía”[[3]](#footnote-3).

**4.- La actuación procesal.-**

**4.1.-** Por auto del 22 de febrero de 2008 se admitió la demanda, se ordenó la vinculación de los demandados al proceso (a través de la notificación personal de la providencia al ministro de Minas y Energía y al Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas), se ordenó la notificación personal al agente del Ministerio Público y se dispuso la fijación del negocio en lista.

**4.2.-** Las demandadas no contestaron la demanda.

**5.- Los alegatos de primera instancia.-**

**5.1.-** La parte actora insistió en que Promigás realizó cuantiosas inversiones necesarias para la adecuación, rehabilitación y recubrimiento del gasoducto Ballena – Cartagena, las cuales no le han sido reconocidas en la regulación tarifaria, lo cual constituye incumplimiento del contrato de concesión.

Reiteró que las resoluciones demandadas violaron los principios sobre regulación tarifaria y derecho al debido proceso y la igualdad.

Aseguró que los actos demandados son de naturaleza contractual, porque fueron expedidos durante el período de ejecución del contrato de concesión y resultan esenciales para la ejecución de este último.

Indicó que todos los actos demandados hacen parte de un mismo proceso de revisión tarifaria, razón por la cual la caducidad de la acción contractual se debía contar desde la notificación de la resolución 120 de 2005, con la que se agotó ese trámite.

**5.2.-** La CREG indicó que el tribunal carecía de competencia para pronunciarse toda vez que, según lo pactado en el contrato, por tratarse de un aspecto técnico (fijación de tarifas) debía ser resuelto por peritos, es decir, las partes pactaron un mecanismo alternativo de solución de conflictos que derogó la jurisdicción.

De otra parte, precisó que la CREG no es parte del contrato de concesión, por lo cual no son procedentes las pretensiones de incumplimiento, tanto principales como subsidiarias, en su contra.

Señaló que los actos demandados no eran de naturaleza contractual, porque con la resoluciones 18 de 2001 y 14 de 2002 se fijó el cargo de remuneración de los sistemas de transporte troncales y regionales que opera Promigás, los que, en su mayoría, no se construyeron en virtud de contratos de concesión y las resoluciones 89 de 2004 y 120 de 2005 resolvieron unas solicitud de revisión tarifaria.

Agregó que esas resoluciones se expidieron por la CREG en su condición de autoridad reguladora, con fundamento en la resolución 001 de 2000, por lo que, en su parecer, la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo término de caducidad había operado para la fecha de interposición de la demanda.

Dijo que no se demostró la violación de normas superiores con los actos demandados y que los cargos formulados contra éstos fueron genéricos.

Consideró que no se violó el debido proceso, pues las pruebas que se negaron fueron las que no se consideraron esenciales para el proceso, decisión que estuvo suficientemente argumentada.

**5.3.-** El Ministerio de Minas y Energía indicó que, en desarrollo del artículo 367 de la Constitución Política, se expidió la Ley 142 de 1994, que reguló el régimen de los servicios públicos y cuyo artículo 69 creó las comisiones de regulación, entre ellas, la de energía y gas – CREG, como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Aseveró que dentro de las funciones de la comisiones se incluyó la de establecer las tarifas de los servicios públicos y en el artículo 179, que dispuso el tránsito de legislación, se indicó que las normas sobre tarifas vigentes continuarían en vigor hasta un máximo de veinticuatro meses después de la vigencia de la ley 142 de 1994.

Sostuvo que, si bien en el contrato de concesión se indicó que el Ministerio de Minas y Energía fijaría la tarifa de transporte de conformidad con el Código de Petróleos, también lo es que en él se pactó que Promigás se sometía a las leyes y reglamentos vigentes durante el tiempo del contrato y a prestar el servicio de conformidad con las disposiciones que rijan para la conducción de hidrocarburos, por lo que los cambios constitucionales y normativos estaban integrados al contrato de concesión.

En consecuencia, precisó que la competencia para fijar y revisar las tarifas para la prestación de los servicios públicos se radicó en cabeza de las comisiones de regulación, para el presente caso, en la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que es un ente diferente del Ministerio de Minas y Energía, por lo que a este último ya no le compete esa regulación.

Añadió que el demandante agotó la vía gubernativa frente a la tarifa que se le definió; sin embargo, al subsistir inconformidad sobre ella, ha debido acudir al mecanismo idóneo para atacar los actos administrativos, como lo es el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Manifestó, que con el contrato de concesión no se otorgó derecho de exclusividad al contratista, ni se garantizó la demanda del servicio que le permitiera remunerar su actividad de transporte, sino que se pactó la construcción del gasoducto y la prestación del servicio a cuenta y riesgo de Promigás y que la remuneración sería por medio de la tarifa, que se establecía de conformidad con la ley por parte del citado ministerio hasta que la competencia se fijó en la CREG,

Por último, expresó que no puede afirmarse que el ministerio incumplió el contrato y que no se puede desconocer que la CREG es independiente de aquél (del ministerio) por lo cual los actos, hechos y omisiones de ésta solo pueden comprometer su propia responsabilidad y, en virtud de lo mismo, no se puede considerar que las resoluciones demandadas son actos contractuales, pues la CREG no hace parte del contrato de concesión, sino que los expidió en ejercicio de sus atribuciones legales.

**5.4.-** El Ministerio Público guardó silencio.

**6.- La sentencia recurrida.-**

Es la proferida el 20 de octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en la que, de oficio, se declaró probada la caducidad de la acción.

El tribunal consideró que la CREG es una unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de Minas y Energía y que Promigas suscribió el contrato de concesión con este último, por lo cual, si bien los actos demandados fueron expedidos por la CREG, en virtud de sus facultades legales y constitucionales, las resoluciones afectaban directamente el contrato de concesión y que, “bajo ese contexto y dada la estructura, contenido, (sic) y alcance de la acción contractual, la cual permite que se formulen de manera conjunta o autónoma pretensiones anulatorias, declarativas, indemnizatorias, entre otras, se permite excluir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para el ejercicio de las pretensiones propuestas en la demanda … se tiene que el presente asunto es una controversia contractual, como quiera que va dirigida a que se declare la nulidad de unos actos administrativos”[[4]](#footnote-4).

Luego de hacer un recuento cronológico sobre la expedición de los actos administrativos demandados, concluyó que todos ellos conforman una unidad de materia, pue se refieren a la petición impetrada por el actor con el fin de que se incluyera dentro de los cálculos tarifarios la inversión correspondiente al plan de adecuaciones de gasoductos, para el tramo Ballena – Cartagena; sin embargo, el trámite concluyó con la expedición de la resolución 14 del 20 de marzo de 2002, con la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución 18 de 2001, ya que con la solicitud de revisión de la tarifa, resuelta mediante las resoluciones 89 de 2004 y 120 de 2005, lo que se pretendió fue revivir los términos establecidos para la caducidad de la acción.

Sostuvo que, como la resolución 14 se notificó a la parte demandante el 12 de abril de 2002, se tenía hasta el 12 de abril de 2004 para ejercer la acción contractual y, como ésta se presentó el 18 de diciembre de 2007, la misma resultó extemporánea.

**7.- El recurso de apelación.-**

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora, dentro de la oportunidad prevista para ello por el ordenamiento jurídico, interpuso recurso de apelación.

Manifestó que, el término de caducidad empezó a correr desde la notificación de la resolución 120 de 2002, porque fue la última que se expidió, en virtud de la solicitud de revisión de las tarifas -artículo 126 de la Ley 142 de 1994- establecidas en las resoluciones 18 de 2001 y 14 de 2002, ya que éstas contenían un grave error de cálculo, lo cual no se hizo con la intención de revivir los términos establecidos, sino que se acudió a un procedimiento establecido en la ley, por lo cual, los hechos que configuran el incumplimiento contractual se consumaron, en su opinión, con la expedición de la última resolución.

Explicó que las resoluciones demandadas están íntimamente ligadas entres sí, al referirse a la fijación de la tarifa para un mismo período, razón por la cual constituyen una cadena de actos administrativos y, en consecuencia con la expedición de la última resolución se consumó el incumplimiento contractual.

Agregó que se debía diferenciar la petición inicial que dio origen a la resoluciones 18 y 14, en virtud de las cuales se establecieron las tarifas aplicables a Promigas, de la solicitud de revisión motivada en los graves errores de cálculo que contenía la tarifa, solicitud viable de conformidad con la ley; en consecuencia, el término de caducidad de la acción contractual se debe contar, según el recurrente, desde la notificación de la resolución 120 de 2005.

Insistió en que durante el trámite de revisión tarifaria se violó el debido proceso al negarse unas pruebas y porque en la resolución 120, que resolvió el recurso de reposición contra la resolución 89, se incluyeron nuevos argumentos que no pudieron ser controvertidos.

Por último, informó que en las pretensiones subsidiarias secundarias se solicitó que se declarara la responsabilidad del Ministerio de Minas y Energía por el incumplimiento del contrato de concesión, pretensión que no se relaciona con la legalidad de los actos administrativos; sin embargo, el *a quo* no estudió esa pretensión, frente a la cual se debe tener en cuenta el término prescriptivo previsto en el artículo 55 de la Ley 80 de 1993. En todo caso, precisó que no ha operado la caducidad de la acción frente a las pretensiones subsidiarias, ya que ese incumplimiento contractual se evidenció cuando finalizó el procedimiento de revisión tarifaria.

**8.- Trámite de segunda instancia.-**

El recurso se concedió el 26 de noviembre de 2010, se admitió el 10 de abril de 2011.

**8.1.-**  Habiéndose dado traslado para alegar, las partes reiteraron lo expuesto a lo largo del proceso.

**8.2.-** El Ministerio Público acogió las conclusiones a las que llegó el tribunal e indicó que no se podía entender que la caducidad de la acción se debía contar desde la fecha de notificación de la resolución 120, pues, conceptuó, el trámite de revisión tarifaria era equiparable a la figura de revocatoria directa, consagrada en el artículo 72 del C.C.A., en el que se dispone que ni la petición, ni la decisión que sobre ella se emita revivirá los términos para el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas, por lo que se debía confirmar la declaratoria de caducidad de la acción.

**II. CONSIDERACIONES**

**1.- La competencia.-**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 20 de octubre de 2010, por cuanto la sumatoria de las pretensiones asciende a US$20’000.000, que equivalían a $40.129’600.000[[5]](#footnote-5). Para la época de interposición del recurso de apelación[[6]](#footnote-6), eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera la suma de $216’850.000[[7]](#footnote-7), monto que acá se encuentra ampliamente superado.

Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los tribunales administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

**2.- Análisis del caso.-**

La sentencia de primera instancia declaró la caducidad de la acción contractual, al considerar que la demanda, interpuesta en ejercicio de la acción de controversias contractuales, se ha debido intentar dentro de los dos años siguientes a la notificación de la resolución 14 de 2002, lo que no ocurrió; por su parte, el actor se mostró inconforme con esa decisión, pues, en su criterio, el término para interponer la acción comenzó cuando quedó ejecutoriada la resolución 120 de 2005, pues con ella finalizó la revisión de la tarifa y se concretó el incumplimiento del contrato de concesión. Agregó que se debían estudiar las pretensiones subsidiarias secundarias.

**2.1.-** Las pretensiones de la demanda están encaminadas a que se declare el incumplimiento del contrato de concesión celebrado el 18 de diciembre de 1975 entre el Ministerio de Minas y Energía y la Promotora de Interconexión de los Gasoductos de la Costa Atlántica –Promigás, incumplimiento que esta última hace consistir en que en la regulación tarifaria hecha por la CREG no se tuvieron en cuenta las inversiones realizas por la sociedad demandante para la rehabilitación y recubrimiento del gasoducto en el tramo Ballena – Cartagena, incumplimiento que considera se concretó con la expedición de la resoluciones demandadas.

Frente a lo anterior, sea lo primero advertir que en dicha relación contractual no era parte la CREG, que para la fecha de suscripción del contrato no había sido creada.

Ahora, en la cláusula vigesimosegunda del contrato[[8]](#footnote-8) se pactó que las tarifas de transporte por el gasoducto se fijarían y revisarían de conformidad con los artículos 56 y 57 del Código de Petróleos, Decreto 1056 de 1953, los cuales disponían:

“ARTÍCULO 56. El Gobierno, de acuerdo con los contratistas de exploración y explotación de oleoductos, o de acuerdo con los explotadores de petróleo de propiedad privada, fijará las tarifas de transporte, teniendo en cuenta:

“1. La amortización del capital invertido en la construcción.

2. Los gastos de sostenimiento, administración y explotación.

3. Una garantía equitativa para el empresario, que se fijará de acuerdo entre éste y el Gobierno, sobre la base de las utilidades que en otros países, y especialmente en los Estados tengan las empresas semejantes de oleoductos, y teniendo en cuenta también el desarrollo económico de los campos petrolíferos servidos por el oleoducto de que se trata.

“Las disposiciones de este artículo son aplicables a los otros sistemas de transporte del petróleo y sus derivados.

“Ningún oleoducto que se construya en el país podrá darse al servicio sin la aprobación de las tarifas de transporte, impartida por el Gobierno de conformidad con este artículo.

“En caso de no llegar a un acuerdo para la fijación de tarifas, el asunto se resolverá por peritos nombrados de conformidad con el Artículo 11 de este Código.

“ARTICULO 57. El Ministerio de Minas y Petróleos, de acuerdo con cada uno de los explotadores de toda clase de oleoductos, revisará las tarifas de transporte, trasiego y almacenamiento, cada cuatro (4) años, para fijar las que hayan de regir en el período siguiente y teniendo en consideración:

“a) Los gastos de sostenimiento, administración y explotación debidamente comprobados;

b) Las reservas o gastos por depreciación, amortización e impuestos, y

c) Una utilidad equitativa para el empresario del oleoducto.

Para determinar la utilidad líquida equitativa de cada empresario se tomará en cuenta el justo valor del oleoducto en la época de la revisión de las tarifas, así como el período de desarrollo en que se encuentra la empresa, la duración del contrato y el mutuo interés del transportador y los cargadores.

“En caso de no llegar a un acuerdo para la revisión de las tarifas, el asunto se resolverá por peritos nombrados de conformidad con el Artículo 11 de este Código.

“También podrán revisarse las tarifas en cualquier tiempo a solicitud de los empresarios de oleoducto o de los cargadores o de oficio, cuando sobrevengan, a juicio del Gobierno, imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica que afecten el equilibrio financiero del contrato o de la empresa transportadora o de los cargadores”.

Las tarifas fueron fijadas conforme a estas disposiciones hasta la expedición de la Ley 142 de 1994 con la cual se creó la Comisión de Regulación de Energía y Gas como una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Minas y Energía (artículo 69), a la que se le asignaron, entre otras, las siguientes funciones:

“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:

“ …

“73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo [88](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994_pr002.html#88); y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.

“ …

“73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley”.

Con el decreto 2253 de 1994 se delegaron en la Comisión de Energía y Gas “las funciones presidenciales a las que se refiere el artículo 68[[9]](#footnote-9), y las disposiciones concordantes de la Ley 142 de 1994”.

En cuanto a las formulas tarifarias la Ley 142 de 1994 dispuso:

“ARTÍCULO 124. ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. Para determinar las fórmulas tarifarias se aplicarán las normas sobre régimen tarifario de las empresas de servicios públicos previstas en esta Ley, las normas del Código Contencioso Administrativo, y las siguientes reglas especiales:

“124.1. **La coordinación ejecutiva de la comisión de regulación respectiva impulsará toda la actuación;** sin embargo, cuando corresponda a la comisión como autoridad nombrar peritos, el nombramiento corresponderá a la comisión misma.

“124.2. Si la actuación se inicia de oficio, la comisión debe disponer de estudios suficientes para definir la fórmula de que se trate; si se inicia por petición de una empresa de servicios públicos, el solicitante debe acompañar tales estudios. Son estudios suficientes, los que tengan la misma clase y cantidad de información que haya empleado cualquier comisión de regulación para determinar una fórmula tarifaria.

“ARTÍCULO 125. ACTUALIZACIÓN DE LAS TARIFAS. Durante el período de vigencia de cada fórmula, las empresas podrán actualizar las tarifas que cobran a sus usuarios aplicando las variaciones en los índices de precios que las fórmulas contienen. Las nuevas tarifas se aplicarán a partir del día quince del mes que corresponda, cada vez que se acumule una variación de, por lo menos, un tres por ciento (3%) en alguno de los índices de precios que considera la fórmula.

“Cada vez que las empresas de servicios públicos reajusten las tarifas, deberán comunicar los nuevos valores a la Superintendencia de servicios públicos, y a la comisión respectiva. Deberán, además, publicarlos, por una vez, en un periódico que circule en los municipios en donde se presta el servicio, o en uno de circulación nacional.

“ARTÍCULO 126. VIGENCIA DE LAS FÓRMULAS DE TARIFAS. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes **haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión** para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

“Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras **la comisión** no fije las nuevas.

“ARTÍCULO 127. INICIO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PARA FIJAR NUEVAS TARIFAS. Antes de doce meses de la fecha prevista para que termine la vigencia de las fórmulas tarifarias**, la comisión** deberá poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente. Después, se aplicará lo previsto en el artículo 124” (se resalta).

En relación con el tránsito de legislación se dispuso:

“ARTÍCULO 179. TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN EN TARIFAS. Las normas sobre tarifas actualmente vigentes continuarán en vigor hasta un máximo de veinticuatro meses después de iniciar su vigencia ésta Ley, mientras terminan los procedimientos administrativos de señalamiento de fórmulas previstos atrás.

“En algunos casos especiales, a juicio de **la comisión de regulación**, los límites en los factores a que se refiere el artículo 89, no se aplicarán sino luego de seis años de entrar en vigencia la ley. Sin embargo, **la comisión** obligará a la empresa a ajustarse progresivamente a estos límites durante ese período” (negrilla fuera de texto).

La Ley 142 de 1994 entró en vigencia el 11 de julio de ese año, es decir que el tránsito de legislación venció el 11 de julio de 1996.

Posteriormente, el 20 de enero de 2000 la Comisión de Regulación de Energía y Gas expidió la resolución 1, “por la cual se establecen los criterios generales para determinar la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte”.

De conformidad con lo anterior, es claro que para el año 2000 la entidad encargada de fijar las fórmulas tarifarias para el transporte de gas natural era la Comisión de Regulación de Energía y Gas y no el Ministerio de Minas y Energía, tarea que hacía en virtud de la delegación presidencial atrás mencionada y como autoridad reguladora del sector, facultades que, entonces, derivó de la ley y no de contrato alguno.

Ahora, según la cláusula vigesimosegunda del contrato, la obligación pactada era la de fijar y revisar las tarifas, aspecto que, como se vio, dejó de ser competencia del ministerio y pasó a ser función de la CREG, entidad que las fijó mediante las resoluciones 18 de 2001, 14 de 2002, 89 de 2004 y 120 de 2005; así las cosas, no se puede hablar de incumplimiento del contrato de concesión, pues, en efecto se fijaron, razón por la cual las pretensiones encaminadas a que se declare el incumplimiento del contrato no tienen vocación de prosperidad.

Ahora, si el contratista consideró que con esas fórmulas tarifarias, contenidas en los actos administrativos, se impactaba negativamente el contrato, lo procedente era atacar su legalidad mediante la acción idónea y dentro de la oportunidad legal prevista para ello.

Las otras pretensiones de la demanda buscan la nulidad de esos actos administrativos, por lo que la Sala estudiará si la acción ejercida fue la correcta o no y si se intentó en el término oportuno.

**2.2.-** El 28 de febrero de 2000, en vigencia de la Ley 142 de 1994 y el decreto 2253 de 1994, el actor le solicitó a la CREG la fijación de las tarifas de transporte de gas para el período 2000 – 2005; al efecto, pidió que se aprobara el ‘“Plan de Adecuación’ de Gasoductos, dentro del cual se incluían inversiones para rehabilitación y recubrimiento del tramo Ballena – Cartagena”[[10]](#footnote-10).

La anterior solicitud fue resuelta mediante la resolución 18 de 2001, “por la cual se establecen los cargos regulados para el Sistema de Transporte de PROMIGAS S.A. E.S.P.”, decisión que fue objeto del recurso de reposición resuelto mediante la resolución 14 del 20 de marzo de 2002.

Indica el actor que, por los graves errores que contenía la fórmula tarifaria definida en las resoluciones acabadas de mencionar, se solicitó la revisión de la misma, petición que fue resuelta con la resolución 89 del 26 de noviembre de 2004, la cual también se recurrió y fue confirmada por la resolución 120 del 7 de diciembre de 2005.

Así las cosas, se observa que las cuatro resoluciones demandadas y de las cuales pretende el actor derivar el incumplimiento del contrato fueron expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su calidad, se reitera, de autoridad de control y regulación de ese sector. Si bien las decisiones contenidas en tales actos impactan el contrato, precisamente por regular las tarifas, eso no implica que ellos sean de naturaleza contractual, pues no se expidieron por la entidad contratante, ni con ocasión del contrato, sino que se trató de una regulación de aspectos técnicos[[11]](#footnote-11) que debían ser aplicados por quienes prestaran el servicio respectivo, ante lo cual cabe recordar que “la fuente de la competencia administrativa para regular o modificar las condiciones en que se prestan los servicios públicos o se construyen, mantienen o explotan los bienes públicos concesionados, es legal o reglamentaria y no contractual”[[12]](#footnote-12), esos actos no revisten la naturaleza de contractuales por el hecho de que la representación de la CREG la tenga el Ministerio de Minas y Energía, por carecer ella de personería jurídica, pues, con la expedición de actos administrativos regulatorios, como son los de fijación de fórmulas tarifarias, la CREG está cumpliendo con sus funciones legales en virtud de su independencia técnica.

Respecto de la naturaleza jurídica y las facultades de las comisiones de regulación esta Corporación ha señalado lo siguiente (transcripción literal):

“En efecto, sobre el particular conviene recordar que la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible - CREG es una unidad administrativa especial, sin personería jurídica, y con independencia administrativa, técnica y patrimonial (L.142/94, art, 69. L.489/98 arts. 38 y 48). Sobre la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación, ya ha señalado la Sala[[13]](#footnote-13):

*‘El Legislador en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 150-7 constitucional, que lo faculta jurídicamente para determinar la estructura de la Administración Nacional, mediante la creación, supresión o fusión de entidades, creó las Comisiones de Regulación como Unidades Administrativas Especiales con funciones específicas consistentes en regular la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así lo establece el artículo 69 de la Ley 142 de 1994.*

*‘(…)*

*‘De conformidad con lo establecido en el citado artículo 38 de la ley 489 de 1998, las unidades administrativas especiales pueden tener personería jurídica o carecer de ella según que pertenezcan al nivel central o al descentralizado por servicios. Así, las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios (…), hacen parte de las unidades administrativas especiales del primer grupo, es decir, las del nivel central, sin personería jurídica, adscritas a sus respectivos ministerios.*

*‘Por su parte el artículo 67 de la misma Ley 489 de 1998 en cuanto a la organización y funcionamiento de las Unidades Administrativas Especiales, establece que éstos son ‘organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo’.*

*‘Y el artículo 48 de la Ley 489 citada, en relación con las comisiones de regulación dispuso: ‘Las comisiones que cree la ley para la regulación de los servicios públicos domiciliarios, mediante la asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes los presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación'.*

*‘Como se observa, las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios, en virtud de lo establecido por la ley, son Unidades Administrativas Especiales sin personería jurídica, que detentan ciertas características particulares a saber: i) Se encuentran sometidas a las reglas que les impongan sus normas de creación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998); ii)* ***Gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial aún sin tener personería jurídica*** *(artículo 69 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 48 de la Ley 489 de 1998) y iii) Ejercen su función de regulación a través de las competencias que les asigne el legislador o el Presidente de la República a través de la figura de la delegación (artículo 48 de la Ley 489 de 1998)”’*[[14]](#footnote-14)(se resalta).

En concordancia con lo anterior, es claro que los actos demandados fueron expedidos por la CREG en virtud de su independencia técnica y con fundamento en sus facultades legales, no con fundamento en el contrato de concesión. Esto se hace más nítido al revisar las consideraciones de la resolución 18 de 2001, en las que se lee (se copia como obra en el original):

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

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

“Que el artículo 73. II de la Ley 142 de 1994, atribuyó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la competencia para establecer las fórmulas para la fijación de las tarifas del servicio público domiciliario de gas combustible;

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

“Que mediante Resolución CRE-O 19 de 1994, la Comisión de Regulación Energética – CRE aprobó la Tarifa Máxima Promedio Equivalente aplicada por Promigas S.A. E.S.P.;

“Que de acuerdo con la establecido en el Artículo 126 de la Ley 142 de 1994, vencido el período de vigencia de la fórmulas tarifarias, éstas continuarán rigiendo mientras la Comisión no fije las nuevas:

“Que mediante la Resolución GREG-001 de 2000, la Comisión de Regulación de Energía y Gas adoptó la metodología y criterios generales para determinar la remuneración del servicio de transporte y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte;

“Que mediante comunicación radicada en la CREG bajo el No. 1506 de Marzo 1 de 2000, la empresa PROMIGAS S.A. E.S.P., en desarrollo de la Resolución CREG-001 de 2000, presentó a la CREG la solicitud de los Cargos Regulados para su Sistema de Transporte de gas natural;

“Que mediante la comunicaciones radicadas en la CREG bajo los números 4623, 4969, 5802, 6407, 7047 y 8279 de 2000; y 91, 391 y 1071 de 2001; PROMIGAS S.A. E.S.P. amplió y actualizó la información presentada con su solicitud de fijación de Cargos;

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

“Que mediante comunicación radicada en la CREG bajo el número 9398 de 2000, PROMIGAS S.A. E.S.P. reportó la Capacidad Máxima de Mediano Plazo de su Sistema de Transporte, calculada de acuerdo con las disposiciones de la CREG;

“Que en la solicitud tarifaria presentada el 1o. de Marzo de 2000, PROMIGAS S.A. E.S.P. incluyó los activos que conforman las denominadas ‘Red de Distribución de Barranquilla’ y ‘Red de Distribución de Cartagena’, dentro del Sistema de Transporte.

“Que de conformidad con los dispuesto por el Artículo 1o. de la Resolución GREG-017 de 1995, incorporado y sustituido por el Artículo 1o. de la Resolución CREG- 057 de 1996, una red de gasoductos que transporta gas combustible desde un sitio de acopio de grandes volúmenes, o desde un sistema de transporte o gasoducto hasta las instalaciones del consumidor final, incluyendo su conexión y medición, se define como un Sistema de Distribución;

“Que de acuerdo con la información disponible en la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la ‘Red de Distribución de Barranquilla’ reúne las características de un Sistema de Distribución según lo definido por la GREG;

“Que el Artículo 60. de la Resolución CREG-018 de 1995, incorporado y sustituido por el Artículo 50. de la Resolución CREG-057 de 1996, establece que: i) el transporte de gas combustible es independiente de las actividades de venta, comercialización y distribución de gas combustible; y ii) el trasportador de gas combustible no podrá realizar de manera directa, actividades de venta, comercialización, o distribución, ni tener interés económico en empresas que tengan por objeto la realización de esas actividades.

“Que en desarrollo de los dispuesto en la Resolución CREG-085 de 2000, mediante comunicación radicada en la CREG bajo el No. 8761 de 2000, la UPME reportó los escenarios de demanda de gas para los sectores de consumo de gas diferentes al sector eléctrico del país;

“Que en desarrollo de lo dispuesto en la Resolución CREG-085 de 2000, mediante comunicación radicada en la CREG bajo el No. 8795 de 2000, el CND reportó el escenario de demanda de gas más probable para el sector termoeléctrico del país;

“Que con base en la información reportada por la empresas trasportadoras de gas en Colombia e información internacional disponible, y en cumplimiento de la Resolución CREG-001 de 2000, la Comisión determinó la frontera de eficiencia para gastos de AO&M como se establece en el Documento CREG-032 de 2001;

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

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

“Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas efectuó los cálculos de los Cargos que se aprueban mediante la presente Resolución, aplicando la metodología establecida en la Resoluciones CREG-001 de 2000; CREG-085 de 2000; CREG-007 de 2001 y CREG-008 DE 2001, con la información reportada por PROMIGAS S.A. E.S.P para tal fin, cuyos resultados están contenidos en el Documento CREG-037 de Febrero de 2001;

“Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas en su sesión No. 144 del 20 de Febrero de 2001, aprobó los Cargos Regulados de transporte para el Sistema de Transporte de PROMIGAS S.A. E.S.P. y las demás disposiciones que se adoptan mediante la presente Resolución”[[15]](#footnote-15)

Como se ve, todas las consideraciones están relacionadas con la facultad legal radicada en cabeza de la CREG como ente regulador y ninguna se relaciona con el contrato de concesión.

En consecuencia, al no revestir los actos demandados la naturaleza de contractuales, la acción para enjuiciarlos no podía ser la de controversias contractuales, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho; al respecto, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que, para que proceda la acción contractual, lo que se discute debe tener origen directo en el contrato y que el acto administrativo es contractual cuando es expedido por la entidad que hace parte del contrato (transcripción literal):

“De acuerdo con las normas que anteceden, es claro que la acción de controversias contractuales puede comprender diferentes pretensiones –sin incurrir en una indebida acumulación-; es decir, nótese que mediante esa vía judicial pueden tramitarse conjuntamente varias súplicas de diferente naturaleza, como lo son por ejemplo las indemnizatorias, las de nulidad e incluso cualquier otra declaración o condena **que devenga de un asunto de carácter contractual**, acción que, por lo demás, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo, se debe tramitar por el procedimiento ordinario.

“Respecto de las fuentes de las controversias contractuales y, por ende, de las pretensiones que se pueden plantear a través de esta acción, la doctrina ha señalado que:

‘“…la controversia contractual, o sea el conflicto de intereses surgido entre las partes contratantes en torno al alcance de los derechos y obligaciones emanados del contrato, **puede tener origen en el contrato mismo; en los hechos de ejecución o en los actos que dicte la administración, bien en forma unilateral o de común acuerdo con el contratista, y que en alguna forma afecten la relación negocial**. Por eso mismo, tan conflicto contractual es el que se pone de presente cuando se demanda la nulidad absoluta o relativa del contrato, su simulación o su revisión, como el que se deriva del incumplimiento de unas de las partes o de ambas a sus obligaciones de ejecución o cumplimiento; o como el que nace cuando el acto administrativo contractual le pone fin anticipadamente al contrato, lo modifica en sus términos, señala un determinado sentido a sus cláusula, o lo liquida…”’[[16]](#footnote-16)

“Actualmente, son pasibles de la acción de controversias contractuales tanto **los actos contractuales, esto es, los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo**, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación …”[[17]](#footnote-17) (se resalta).

Puesto así en claro que los actos acá demandados no son contractuales, es evidente que la acción que se debió ejercer frente a ellos fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual se contaba con el término previsto al efecto en el artículo 136 (numeral 2) del C.C.A, esto es, dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto.

La Sala ha señalado que, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejerzan en un término específico. En este sentido, los interesados tienen la carga procesal de poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado dentro del plazo fijado por la ley o, de no hacerlo en tiempo, no podrán obtener la satisfacción del derecho reclamado por la vía jurisdiccional.

Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que ciertas situaciones permanezcan indefinidas en el tiempo. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio del derecho de acción, acudan a la jurisdicción con el fin de satisfacer sus pretensiones.

En el presente caso, la resolución 14 del 20 de marzo de 2002, que resolvió el recurso de reposición contra la resolución 18 de 2001 fue notificada personalmente a Promigás el 12 de abril de 2002 (fl. 125, c. 1) y la resolución 120 del 7 de diciembre de 2005, por la cual se resolvió el recurso de reposición contra la resolución 89 de 2004 se notificó personalmente al actor el 27 de diciembre de 2005 (fl. 189, c. 1), pero la demanda se interpuso el 18 de diciembre de 2007, fecha para la cual estaba vencido el término de cuatro meses que se tenía para demandar cada una de las resoluciones acá cuestionadas, por lo cual se configura la caducidad de la acción frente a las pretensiones de nulidad de esos actos.

En este punto es importante poner de presente que el 26 de abril de 2006 el actor formuló, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones 89 de 2004 y 120 de 2005, demanda que, al no ser subsanada, fue rechazada el 17 de agosto de 2006, decisión que fue confirmada por esta Corporación mediante providencia del 26 de abril de 2007 (proceso con radicación 25000232400020069043201).

Así las cosas, se observa que el actor busca superar la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el argumento de que los actos administrativos demandados son de naturaleza contractual, los cuales, como se explicó anteriormente, no revisten esa característica.

**3.- Condena en costas**

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A:**

**Modifícase** la sentencia proferida el 20 de octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, la cual queda así:

**1.- Declárase** la caducidad de la acción impetrada contra las resoluciones demandadas, esto es, la 18 del 20 de febrero de 2001, la 14 del 20 de marzo de 2002, la 89 del 26 de noviembre de 2004 y 120 del 7 de diciembre de 2005.

**2.- Niéganse** las demás pretensiones de la demanda, tanto principales como subsidiarias.

**3.-** Sin condena en costas.

**4.-** En firme esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fl. 3, c. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl. 4, c. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fl. 12, c. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Se trascribe como obra a fl. 684 y 684 vto., c. ppal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Para la fecha de presentación de la demanda la tasa representativa del mercado certificada por el Banco de la República era de $2.006,48. [↑](#footnote-ref-5)
6. 5 de noviembre de 2010. [↑](#footnote-ref-6)
7. Monto equivalente a 500 SMLMV para la fecha de interposición de la demanda (Ley 1395 de 2010), época para la cual SMLMV era de $433.700. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl. 38, c. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. “ARTÍCULO 68. DELEGACIÓN DE FUNCIONES PRESIDENCIALES A LAS COMISIONES. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.

   “Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Según se indicó en el hecho cinco de la demanda (Fl. 3, c.1). [↑](#footnote-ref-10)
11. La facultad reguladora ha sido entendida como “un mecanismo de intervención del Estado en la economía para delimitar el ejercicio de la libertad de empresa y preservar la sana y transparente competencia y de esta manera garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dado el interés general que se encuentra comprometido con ellos” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de septiembre de 2009, expediente 11001-03-26-000-2000-01922-01(19224). [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de mayo de 2012, expediente 66001-23-31-000-1999-00789-01(22112). [↑](#footnote-ref-12)
13. Nota del original: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, sentencia de 9 de septiembre de 2009, rad. 11001-03-26-000-2000-01922-01(19224)”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 11001-03-26-000-1999-06722-01(16722). [↑](#footnote-ref-14)
15. Fls. 126 a 128, c. 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Nota del original: “Betancur Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, 2002, pág. 519”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de abril de 2009, expediente 50001-23-31-000-2008-00282-01(36124), reiterada en las providencias proferidas, entre otras, dentro de los siguientes procesos: 63001-23-33-000-2012-00004-02 (50719) del 16 de marzo de 2015, 11001-03-26-000-2015-00142-00 (55304) del 20 de noviembre de 2017 y 25000-23-24-000-2004-00205-02 del 29 de mayo de 2018. [↑](#footnote-ref-17)