

C-352-98

Sentencia C-352/98

ECOGAS-Ley creadora mantiene principio de unidad de materia/SISTEMA NACIONAL DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL-Creación

En el texto de la ley se incorporaron materias ajenas a la creación y organización de ECOGAS. La idea rectora del legislador en el presente caso, no fue simplemente la de constituir una empresa que atendiera el manejo de un servicio público, sino la de organizar todo un sistema de regulación del transporte del gas natural, para lo cual la ley debía tener en cuenta, como lo hizo, tanto las fases de planeación y organización de dicho sistema como la coordinación y manejo consecuentes de las actividades de operación y explotación comercial de los gasoductos. Desde esa perspectiva los contenidos legales son coherentes en la medida en que están íntimamente vinculados para dar lugar al propósito central de establecer el Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural. En efecto, los distintos organismos y unidades de acción creados por la ley, se vinculan de tal forma que las funciones de unos tienen relación o se apoyan en las funciones de los otros.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Debe existir conexidad sustancial

El concepto de unidad de materia a que se refiere el artículo 158 de la Constitución no puede entenderse dentro de un sentido estrecho y rígido al punto que se desconozcan o ignoren las relaciones sustanciales entre las diferentes normas que surgen en virtud de las finalidades que persiguen y que, por lo mismo, razonablemente se integran o resultan ser complementarias para lograr el diseño de la cuestión de fondo del proyecto legal. Además, que dicha unidad sólo se rompe cuando existe absoluta falta de conexión o incongruencia causal, temática, sistemática y teleológica entre las distintas aspectos que regula la ley y la materia dominante de la misma.

Si conforme al art. 365 de la Constitución los servicios públicos constituyen una finalidad social en el Estado Social de Derecho, es comprensible que en la organización y funcionamiento de dichos servicios se puedan, en las condiciones señaladas, afectar e involucrar bienes de particulares, en la medida en que ellos sean necesarios para asegurar no sólo la eficiente prestación del servicio, sino el cumplimiento de la función social de la

propiedad y de la empresa, exigida por la Constitución. De esta norma, en modo alguno se deduce violación de la propiedad de terceros, porque en ella simplemente se le encomienda al Gobierno la tarea de precisar los derechos que Ecopetrol debe cederle o traspasarle a ECOGAS con ocasión de la escisión patrimonial, de lo cual no se puede concluir que se alteran o reducen los derechos que pudieran tener los contratistas en tales relaciones contractuales, los cuales permanecen incólumes.

ECOGAS-Centro de coordinación de transporte de gas natural

Las funciones que se le otorgan a ECOGAS, a través del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural -CTG, en relación con la prestación del servicio público de transporte de gas natural y en cuanto tiende a garantizar su operación y funcionamiento planificado, ordenado, coordinado y eficiente, constituyen un desarrollo de las competencias que le corresponden al legislador conforme a los arts. 150-23 y 365 de la Constitución Política.

ECOGAS-No ejerce monopolio/MONOPOLIO ESTATAL-Es diferente de dirección y administración de servicio público

La empresa ECOGAS por conducto del CTG, como cabeza responsable del sistema, lleva a cabo funciones de dirección y coordinación del sistema, aplica las regulaciones que expide la Comisión de Regulación y Energía y gas, CREG, tramita las nominaciones de transporte de gas y asigna a los usuarios o remitentes la capacidad que les corresponde, y todo ello en el afán de que opere en el país un mercado eficiente, seguro y confiable del transporte de gas natural que garantice la calidad de dicho servicio público. En tal virtud, del ejercicio de dichas atribuciones, no se puede deducir que ECOGAS -CTG, se convierta en un oferente único en el mercado de transporte de gas natural, pues si bien esta entidad es transportadora del referido combustible, no excluye el derecho que tienen los demás propietarios de gasoductos para realizar idéntica labor; por consiguiente, no es admisible la apreciación del demandante en el sentido de que el ejercicio de las funciones mencionadas por ECOGAS constituyan una actividad monopólica o de reserva de un servicio público, ejercida sin sujeción a los mandatos constitucionales. Lo anterior significa que el sistema creado no pretende desconocer la propiedad privada; por el contrario, la respeta. En consecuencia, no se monopoliza el transporte de gas natural porque la oferta del servicio,

ahora como antes de la ley 401, sigue teniendo un origen múltiple, es decir, que su prestación se ofrece tanto por ECOGAS, como por los propietarios de gasoductos particulares. Además, como se dijo antes, los dueños de los gasoductos privados conservan las atribuciones de uso, goce y disposición, razón por la cual el derecho de propiedad se preserva.

ORGANOS DEL ESTADO-Excepcionalmente cumplen diferentes funciones públicas

El ejercicio de las funciones estatales se cumplen a través de diferentes órganos, diseñados con una estructura determinada y con la atribución de un haz de competencias. Pero si bien la asignación de las referidas competencias, cuando no las establece la Constitución, es una atribución que corresponde a cierta discrecionalidad del legislador, no por ello puede admitirse su ejercicio en forma arbitraria, irracional o desproporcionada, y por fuera de los límites que le impone la Constitución. Por lo tanto, debe ser normal que la naturaleza y estructura del órgano sea congruente, compatible o armónica con la índole propia de las funciones que se le atribuyen. Aunque nada se opone a que excepcionalmente un órgano, además, de las funciones básicas u ordinarias que le corresponden pueda, eventualmente, desempeñar otras; de ello hay aplicación práctica en diferentes normas de la Constitución. Así se prevé que el Congreso realice función legislativa y función jurisdiccional, o que las autoridades administrativas puedan ser habilitadas, con ciertas limitaciones, para ejercer esta función.

PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA-Se aplica a empresas industriales y comerciales y a empresas de economía mixta

Como empresa industrial y comercial del Estado se le ha señalado por la ley un objeto comercial específico, cuyo desarrollo se encuentra sometido al derecho privado; es decir, que por razón de la similitud de las actividades que desarrolla, con las que cumplen los particulares, la ley les da un tratamiento igualitario, en cuanto a la regulación y la imposición de límites y condicionamientos a sus actividades y a la aplicación del correspondiente régimen jurídico. En estas circunstancias, entiende la Corte que los contenidos normativos del art. 333 de la Constitución, que consagran la libre competencia, deben ser aplicados en forma igualitaria tanto a las empresas particulares, como a las que surgen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada, o sea, a las empresas industriales y comerciales

de éste y a las sociedades de economía mixta.

ECOGAS-Creación no vulnera libre competencia e igualdad

RENTAS PARAFISCALES-Son diferentes a rentas de destinación específica/CUOTA DE FOMENTO PARA EL TRANSPORTE DE GAS NATURAL-Es una contribución parafiscal

Las llamadas cuotas de fomento están catalogadas como rentas parafiscales que excepcionalmente autoriza la ley a cargo de un grupo de contribuyentes, y justamente en su propio beneficio, cuando se persigue la promoción e incentivación de una determinada actividad social o económica. Tales rentas se denominan parafiscales, porque no se manejan a través del presupuesto de la Nación. Indudablemente lo que el art. 15 de la ley 401/97 establece es una renta parafiscal, pues participa de los elementos de la definición antes transcrita. No se trata en consecuencia, de una renta nacional con destinación específica, al cual alude la prohibición constitucional en referencia.

TRANSPORTE DE GAS NATURAL-No constituye servicio público domiciliario

El transporte del gas que regula la ley 401 no constituye, técnica ni jurídicamente un servicio público domiciliario, porque no se presta a un consumidor final en una vivienda o sitio de trabajo, como ha precisado la Corte. Se trata justamente de una actividad complementaria de transporte comercial de gas, por un gasoducto principal desde el sitio de generación hasta a aquél en donde se conecta a una red secundaria, como lo señala el aparte final del artículo 14-28 de la ley 142 de 1994, y que si bien se lo asimilaba a un servicio público domiciliario, hoy la ley 401 se encarga de clasificar sólo como un “servicio público de gas combustible”.

GAS NATURAL-Regulación del transporte no es función del Presidente

La norma acusada no se refiere al establecimiento por la Comisión de Regulación de Energía y Gas de las políticas generales de administración y control de eficiencia, ni al control, la inspección y vigilancia previstos en el art. 370 de la Constitución, porque esta norma se refiere exclusivamente a los servicios públicos domiciliarios. La norma, simplemente consagra una competencia de regulación que puede ser establecida por el Legislador según los arts. 150-23, 189-22 y 365 de la Constitución, y conforme a la cual se le faculta a la Comisión para dictar las reglas y condiciones técnicas y operativas a las cuales debe

ajustarse ECOGAS para el manejo y control de las actividades propias del sistema de transporte comercial del gas natural.

Referencia: Expediente D-1898

Demanda De Inconstitucionalidad Contra Los Artículos 2º (Parcial), 3º (Parcial), 4º, 13 (Parcial), 15 Y 17 (Parcial) De La Ley 401 De 1997.

Actor: Felipe Pérez Cabrera

Magistrados Ponentes:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL y

Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. ANTECEDENTES.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios del proceso a que da lugar la acción pública de inconstitucionalidad, procede la Corte a proferir sentencia de mérito en relación con la demanda formulada por el ciudadano Felipe Pérez Cabrera contra los artículos 2, 3, 4, 13, 15 y 17 de la ley 401/97, en la forma que mas adelante se precisa, en virtud de la competencia que para tal fin le otorga el artículo 241-4 de la Constitución Política.

II. NORMAS ACUSADAS.

Se transcriben a continuación las normas pertinentes de la Ley 401 de 1997, resaltando en negrilla los apartes normativos acusados:

LEY 401 de 1997

(agosto 20)

“Por la cual se crea la Empresa Colombiana de Gas, Ecogas, el Viceministerio de

Hidrocarburos y se dictan otras disposiciones”.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(....)

ARTICULO 2. Objeto. La Empresa Colombiana de Gas, Ecogas, tendrá por objeto la planeación, organización, ampliación, mantenimiento, operación y explotación comercial de los sistemas de transporte de gas natural propios. También podrá explotar comercialmente la capacidad de los gasoductos de propiedad de terceros por los cuales se pague una tarifa de disponibilidad, o por acuerdos de estos. ECOGAS administrará el Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, C.T.G.

Para en cumplimiento de su objeto la empresa podrá celebrar todos los actos y contratos que, con sujeción a las normas legales, prevean sus estatutos.

El Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural C.T.G. se establecerá y operará como una unidad funcionalmente independiente dentro de la estructura de ECOGAS. Las autoridades competentes tomarán las medidas necesarias para garantizar que el C.T.G. opere en forma no discriminatoria para beneficio del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural.

ARTICULO 3°.- Las funciones del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural C.T.G. serán las siguientes:

- a) Planear, supervisar y coordinar el transporte de gas a través del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural;
- b) Recibir y procesar las nominaciones de transporte de gas natural del sistema;
- c) Asignar la capacidad de transporte a cada uno de los remitentes, según el tipo de servicio contratado y las condiciones operacionales del Sistema;
- d) Planear y asegurar la máxima capacidad del Sistema en todo momento;

- a. Garantizar la seguridad y la confiabilidad del Sistema;
- f) Asegurar la calidad del servicio de transporte;
- g) Garantizar el estricto cumplimiento de los reglamentos y las regulaciones correspondientes;
- h) Actuar como entidad coordinadora en casos de emergencia;
- i) Demás funciones que le asigne la Ley y los reglamentos.

Parágrafo 2. El Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, CTG, tendrá un Director que debe reunir las siguientes condiciones:

- a) Ser colombiano y ciudadano en ejercicio;
- b) Poseer título universitario y estudios de postgrado;
- c) Contar con una reconocida preparación técnica y experiencia no menor de cinco (5) años en el área de los hidrocarburos o la energía.

Parágrafo 3. Toda la infraestructura del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural deberá cumplir con las reglas y condiciones operativas que le fijen las autoridades competentes directamente o a través del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, CTG.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, establecerá dichas reglas y condiciones operativas a través del “Reglamento Unico de Transporte de Gas Natural”.

Parágrafo 4. Autorícese la creación de un Centro Principal de Control, CPC, para el Subsistema de Transporte de los Llanos el cual estará ubicado en la ciudad de Yopal, Casanare, cuando las condiciones técnicas así lo requieran.

Parágrafo 5. La sede del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, CTG, tendrá su domicilio en la ciudad de Bucaramanga.

ARTICULO 4. Créase el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, CNO, el cual, como cuerpo asesor del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, CTG, tendrá como función hacer recomendaciones que busquen que la operación integrada del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural sea segura, confiable y económica. El Consejo Nacional de Operación de Gas Natural tendrá un Secretario Técnico quien además será el Director del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, CTG.

(....)

ARTICULO 8. Capital y patrimonio. Escíndense del patrimonio de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, los activos y derechos vinculados a la actividad de transporte de gas natural, así como los derechos derivados de los contratos relativos a dicha actividad, para la conformación del patrimonio inicial de Ecogas.

Para tal efecto, el Gobierno Nacional, queda autorizado para que dentro del término de tres (3) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley, determine los activos por entregar, los contratos por ceder, y las relaciones jurídicas que surjan entre Ecopetrol y Ecogas relacionadas con los contratos de construcción, operación, mantenimiento y transferencia ("BOMT"), entre otros, Cali-Mariquita y Ballena-Barrancabermeja y con la concesión Sebastopol-Medellín y las demás a que haya lugar en el proceso de escisión.

Ecopetrol escindirá los activos vinculados a la actividad de transporte de gas natural por el valor en libros de los mismos al momento de la entrega. Para efectos de la incorporación contable y financiera de tales activos al patrimonio de Ecogas, ésta los valorará de acuerdo con una metodología que garantice la viabilidad financiera de la empresa. En todo caso, dicha valoración no podrá ser superior al 80% del valor de los respectivos activos en libros de Ecopetrol. La diferencia será asumida por la Nación y se revelará en su balance general.

El patrimonio de la Empresa Colombiana de Gas, Ecogas podrá estar integrado, además por:

- a) Los bienes y derechos que la Nación, las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, de cualquier orden, le transfieran a cualquier título;
- b) Los bienes producto de las inversiones y de las reinversiones de utilidades que correspondan a la Empresa según normas legales;

c) Los demás bienes que la Empresa adquiriera a cualquier título.

Parágrafo. Para efectos del reconocimiento por parte de Ecogas de las contraprestaciones económicas a que tenga derecho Ecopetrol por asumir el pago de la totalidad de las obligaciones derivadas de los contratos de servicio de transporte de gas natural de que trata el inciso 2° del presente artículo, las dos entidades diseñarán un esquema de pagos que no supere el 80% del valor presente Neto, (V.P.N.), de dichas obligaciones y que garantice la rentabilidad y viabilidad financiera de Ecogas.

Ecopetrol cederá a Ecogas los derechos de opción de compra que tenga en los contratos de construcción, operación, mantenimiento y transferencia ("BOMT"), entre otros, los gasoductos Cali-Mariquita y Ballena- Barrancabermeja.

(...)

ARTICULO 13. Créase con recursos de Ecopetrol, el Instituto de Capacitación e Investigación de Casanare, para la formación de personal técnico especializado en la industria de los hidrocarburos, particularmente en las tecnologías de exploración, perforación y transporte, con sede en Yopal, Casanare. Dicha institución podrá celebrar acuerdos para la administración y desarrollo de los programas que le competen con entidades públicas y privadas que se dediquen a estas áreas.

Parágrafo. Cuando las condiciones lo requieran, la institución de capacitación, a que hace referencia el presente artículo, podrá adoptar programas de capacitación en áreas diferentes a las ya mencionadas, en convenio con el SENA u otras entidades públicas o privadas.

(....)

ARTICULO 15. Con el objeto de promover y cofinanciar proyectos dirigidos al desarrollo de infraestructura para el uso del gas natural en los municipios y el sector rural, prioritariamente dentro del área de influencia de los gasoductos troncales, y que tengan el mayor índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), créase un fondo especial, administrado y manejado por la Junta Directiva de Ecogas, cuyos recursos provendrán de una cuota de fomento, la cual será del uno y medio por ciento (1.5%) sobre el valor de la tarifa que se cobre por el gas objeto del transporte, efectivamente realizado.

(.....)

ARTICULO 17. Créase el Viceministerio de Hidrocarburos el cual tendrá las siguientes funciones:

- a) Colaborar en la formulación de las políticas o planes de acción del subsector de hidrocarburos, bajo la dirección del Ministro;
- b) Coordinar el curso de los proyectos de ley relacionados con el subsector de hidrocarburos, para lo cual asistirá al Ministro en la elaboración de tales proyectos y en su trámite constitucional y coordinar la atención de las citaciones al Congreso de la República;
- c) Velar, junto con otras autoridades, por el cumplimiento de las normas sobre protección, conservación, preservación de los recursos naturales y ambientales desarrollados por el sector de hidrocarburos;
- d) Suplir las faltas temporales del Ministro, cuando así lo decida el Presidente de la República;
- e) Preparar los informes sobre planes y programas del sector de hidrocarburos que deban presentarse ante el Departamento Nacional de Planeación y demás autoridades públicas;
- f) Las demás que le sean asignadas por el Ministro de Minas y Energía o las disposiciones legales.

Parágrafo. El Viceministro de Hidrocarburos será el suplente del Ministro de Minas y Energía en la Junta Directiva de las empresas industriales y comerciales del Estado en el subsector de hidrocarburos, como lo son Ecopetrol y Ecogas”.

III. ANTECEDENTES.

1. El Congreso de la República expidió la ley 401 de 1997 “Por la cual se crea la Empresa Colombiana de Gas, Ecogas, el Viceministerio de Hidrocarburos y se dictan otras disposiciones”.

2. El ciudadano Felipe Pérez Cabrera demandó ante la Corte Constitucional la inexecutable de los arts. 2, 3, 4, 13, 15 y 17 de la ley 401 de 1997, por el cargo de falta de unidad de

materia, y además, por diferentes cargos de inconstitucionalidad, con el alcance de la impugnación que precisa.

3. Intervinieron en el proceso el señor Ministro de Minas y Energía y el ciudadano Camilo González Chaparro, en favor del Ministerio de Minas y Energía y de la Empresa Colombiana de Gas -ECOGAS, quienes solicitan la declaración de exequibilidad de las normas acusadas.

4. El ciudadano Humberto Murcia Celedón presentó un escrito en el cual coadyuva la demanda que, por ser extemporáneo, no será tenido en cuenta para la adopción de la correspondiente decisión.

5. El Procurador General de la Nación en el concepto que rindió, con arreglo a las competencias de que es titular según la Constitución, solicitó declarar la constitucionalidad de las normas acusadas.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. La materia regulada por la ley 401/97.

1.1. Objetivos generales y específicos de la ley 401 de 1997.

Según la exposición de motivos al proyecto de ley No. 65 presentado al Senado de la República por el Gobierno Nacional¹ la expedición de la ley acusada obedeció al diseño de un plan amplio e integral de desarrollo energético, dentro del cual se le otorgó especial importancia al programa de masificación del consumo de gas, sobre la concepción de “la diversificación de la oferta energética adecuada a los diferentes usos; la optimización de las reservas de gas natural y por ende de los recursos energéticos nacionales; la sustitución de electricidad en cocción y calentamiento de agua, de gasolina en el transporte público urbano, y de “fuel oil” y crudo Castilla en calderas y generación termoeléctrica”.

Igualmente, se buscó lograr efectos importantes y favorables en el sector de la economía, a través del “mejoramiento de la balanza comercial al incrementar la exportación de crudo”, y en las condiciones ambientales, pues con el consumo de gas, que conlleva la sustitución de otros productos energéticos combustibles, “se favorece su manejo por la disminución de la contaminación, teniendo en cuenta los menores efectos contaminantes del gas natural como

combustible y, en la medida en que el programa de masificación de gas llegue a las zonas rurales, se disminuirá la deforestación al sustituirse leña por gas natural o GLP”2.

Acorde con dichos propósitos el proyecto de ley buscó regular de manera autónoma y dentro de un sentido de integralidad la actividad del transporte mayor de gas, el cual hasta entonces se cumplía de manera asistemática por ciertas empresas particulares y ECOPETROL y, en relación con esta entidad, como una parte de las diferentes actividades que le fueron asignadas como responsable en la administración de los hidrocarburos de propiedad de la Nación. En tal virtud, se propuso la escisión funcional y patrimonial de la actividad del transporte del gas natural que venía cumpliendo ECOPETROL, según recomendación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, organismo creado por la ley 142 de 1994.

Con la separación institucional del transporte de gas de las actividades de producción, distribución y comercialización del mismo, se buscaba sistematizar y racionalizar dicha actividad y asegurar la prestación eficiente de esta modalidad de servicio público.

Efectivamente, la ley dispone desagregar del patrimonio y funciones de Ecopetrol, todos los activos y derechos vinculados a la actividad de transporte de gas natural, para destinarlos como recursos iniciales a conformar el capital de la Empresa Colombiana de Gas, ECOGAS, (L. 401/97, art. 4), la cual se constituyó como una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Energía.

De esta manera la ley estableció un sistema de transporte de gas natural, integrado por los gasoductos públicos y privados, cuya administración se encomendó a ECOGAS, a través del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, el cual, si bien hace parte de la estructura de la Empresa, se constituye como una unidad funcionalmente independiente de ésta.

1.2. Integración institucional del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural.

Para el manejo del referido sistema la ley 401 creó diferentes organismos o unidades de acción administrativa, asignándoles a cada una de ellas competencias específicas dentro del nuevo modelo de organización.

Se nota en dicho diseño organizacional, la idea del legislador por cubrir los diferentes frentes

que integran la gestión de la actividad del mencionado servicio y rodearla de un alto grado de autonomía para el manejo del sistema. En ese sentido la ley dispuso:

a) La creación de Ecogas, como una empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica y dotada de autonomía administrativa, patrimonial y financiera, sometida al régimen jurídico previsto en la ley, cuyo objeto es la planeación, organización, ampliación, mantenimiento, operación y explotación comercial de los sistemas de transporte de gas natural propios, así como la explotación contratada de los gasoductos privados.

Su capital y patrimonio se nutre principalmente de los activos y derechos escindidos de ECOPEPETROL, vinculados a la actividad de transporte de gas natural (art. 8).

b) La creación del Centro de Coordinación de Transporte de Gas, CTG, con sede en la ciudad de Bucaramanga (art. 3, par 5o.), “como una unidad funcionalmente independiente dentro de la estructura de Ecogas”. Esta unidad administrativa tendrá un Director (art. 3, par. 2o.) quien será al mismo tiempo Secretario Técnico del Consejo Asesor (Art.4o., inc.2o).

- Es a esta unidad a la cual se le asignan, entre otras funciones, la de planear, supervisar y coordinar el transporte de gas, recibir y procesar las nominaciones de transporte de gas natural del Sistema, asignar la capacidad de transporte a cada uno de los remitentes, asegurar la calidad del servicio de transporte, planear y asegurar la máxima capacidad del Sistema y hacer cumplir los reglamentos y las regulaciones sobre la actividad del referido transporte.

c) La asignación de específicas competencias reguladoras a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, creada por la ley 142 de 1994 (art.68), a la cual le corresponde la expedición del “Reglamento Unico de Transporte de Gas Natural”, (inciso 2 del parágrafo 3° del artículo 3, de la ley 401 de 1997).

d) La creación del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, CNO, “como cuerpo asesor del Centro de Coordinación de Gas Natural”, con la “función de hacer recomendaciones que busquen que la operación integrada del sistema nacional de transporte de gas natural sea segura, confiable y económica” (art. 4).

A su vez, al referido Consejo se le exige que el ejercicio de sus actividades esté coordinada,

con las empresas productoras y distribuidoras de gas natural, con el Centro Nacional de Despacho Eléctrico, y con el Centro de Coordinación de Transporte de Gas. (art. 6).

e) La creación del Centro Principal de Control -CPC- para el subsistema de transporte de los Llanos el cual estará ubicado en la ciudad de Yopal, Casanare, cuando las condiciones técnicas así lo requieran (art. 3 parágrafo 4).

La Ley no le asigna funciones específicas y sólo se deduce su posible vinculación con Ecogas, en razón de que forma parte, por su objeto, del sistema nacional de transporte de gas natural.

f) La creación, con recursos de ECOPETROL, del Instituto de Capacitación e Investigación de Casanare, “para la formación del personal técnico especializado en industria de hidrocarburos”, sin perjuicio de que pueda adoptar programas de capacitación en áreas diferentes, cuando las condiciones lo requieran, en convenio con el SENA u otras entidades públicas o privadas (art. 13).

g) La organización de un fondo especial, alimentado con recursos provenientes de una cuota de fomento equivalente al 1,5% sobre el valor de la tarifa que se cobre por el gas efectivamente transportado, la cual es exigible a las personas naturales o jurídicas que sean remitentes del sistema nacional de transporte de gas natural (art. 15).

2. Los cargos formulados por el demandante.

El demandante ha formulado un cargo general, consistente en la falta de unidad de materia (art. 158 C.P.), contra los arts. 2, en relación con la creación del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, 4, 13, inciso primero, 15, y 17, en cuanto a la creación del Viceministerio de Hidrocarburos. Dada la unidad que presenta la normatividad del art. 17 se entiende demandado en su totalidad.

- Aparte final del primer inciso e inciso final de artículo 2;

- literales a) a g) y parágrafo tercero del art. 3;

- inciso segundo y parágrafo del artículo 8;

- artículo 15, en su totalidad.

La Corte analizará, en primer término, el cargo general y luego los restantes cargos.

3. Análisis de los cargos.

3.1. Cargo por violación del principio de unidad de materia.

El demandante considera que los artículos 2, en relación con la creación del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, 4, 13, inciso primero, 15, y 17, en cuanto a la creación del Viceministerio de Hidrocarburos, violan el artículo 158 de la Constitución que consagra el principio de la unidad de materia.

a) Según el demandante, la ley 401 de 1997 “debió referirse exclusivamente a la creación de ECOGAS y a aquellos temas que hacen relación a la constitución de una Empresa Comercial e Industrial del Estado, tales como su objeto, capacidad, domicilio, duración, capital y patrimonio, órganos de dirección y administración, régimen laboral”.

En efecto, en el texto de la ley se incorporaron materias ajenas a la creación y organización de ECOGAS, como son las relacionadas con la creación del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, del Instituto de Capacitación e Investigación de Casanare, del Viceministerio de Hidrocarburos, del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, del Fondo Especial para la promoción y financiación de proyectos dirigidos al desarrollo de infraestructura para el uso de gas natural y, en fin, con el establecimiento de un impuesto para financiar el Fondo mencionado.

b) Tanto los intervinientes como el Procurador General de la Nación coinciden en afirmar que no se ha violado el principio de la falta de unidad de materia, porque la regulación contenida en la ley guarda armonía con su materia predominante.

c) Contrario a lo que se piensa por el actor, los asuntos que contemplan las normas acusadas concurren a dar unidad a un fin común como es el de regular y organizar la operación y explotación comercial del transporte de gas natural, dentro de un sistema integral de servicio a nivel nacional.

La idea rectora del legislador en el presente caso, no fue simplemente la de constituir una

empresa que atendiera el manejo de un servicio público, sino la de organizar todo un sistema de regulación del transporte del gas natural, para lo cual la ley debía tener en cuenta, como lo hizo, tanto las fases de planeación y organización de dicho sistema como la coordinación y manejo consecuentes de las actividades de operación y explotación comercial de los gasoductos.

Desde esa perspectiva los contenidos legales son coherentes en la medida en que están íntimamente vinculados para dar lugar al propósito central de establecer el Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural. En efecto, los distintos organismos y unidades de acción creados por la ley, se vinculan de tal forma que las funciones de unos tienen relación o se apoyan en las funciones de los otros. ECOGAS, es la cabeza administradora del sistema; pero también importa que se ofrezca asesoría por el Consejo Nacional de Operación de gas natural, CNO; que el Centro de Coordinación, CTG lleve a cabo las actividades de planeación del transporte de gas, asigne cupo a los remitentes, etc., todo lo cual confluye a la consecución de los fines previstos con la creación del sistema. Pero de igual modo la presencia y actividad del Instituto de Capacitación e Investigación de Casanare, del Fondo Especial para promover los proyectos de infraestructura para el uso del gas natural en el sector rural y los recursos que se pretenden arbitrar mediante la contribución parafiscal a que se refiere la ley, evidencian una relación muy clara y compatible con la existencia y operación del referido sistema.

Aun cuando en principio pudiera pensarse que la creación del Viceministerio de Hidrocarburos resulta ser una materia extraña al asunto central que regula la ley, tal idea se desvanece si se tiene en cuenta que a dicho organismo se le asignan funciones encaminadas a la formulación de políticas y planes encaminados al desarrollo del subsector de los hidrocarburos, entre los cuales por supuesto se cuenta el gas natural.

En repetidas oportunidades la Corte ha señalado que el concepto de unidad de materia³ a que se refiere el artículo 158 de la Constitución no puede entenderse dentro de un sentido estrecho y rígido al punto que se desconozcan o ignoren las relaciones sustanciales entre las diferentes normas que surgen en virtud de las finalidades que persiguen y que, por lo mismo, razonablemente se integran o resultan ser complementarias para lograr el diseño de la cuestión de fondo del proyecto legal. Además, que dicha unidad sólo se rompe cuando existe absoluta falta de conexión o incongruencia causal, temática, sistemática y teleológica entre

las distintas aspectos que regula la ley y la materia dominante de la misma.

Conforme a lo anterior, no es admisible el cargo por falta de unidad de materia. En consecuencia, por este aspecto se declararán exequibles los arts. 2, en relación con la creación del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, 4, 13, inciso primero, 15 y 17 de la ley 401/97.

3.2. Cargos por violación del derecho de propiedad y la constitución de un monopolio.

Considera el demandante que las disposiciones normativas acusadas de los artículos 2, 3 y 8, inciso segundo y párrafo, infringen los artículos 58 y 336 de la Constitución Política.

El concepto de violación lo expone de la siguiente manera:

La ley acusada quebranta el derecho de propiedad, cuando se asigna a ECOGAS, como administrador del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, CTG, la facultad de fijar la capacidad de transporte de todos los usuarios del servicio de los diferentes gasoductos establecidos en el país, quienes deben seguir sus directrices y someterse a sus reglas y condiciones operativas, negándoseles por esta vía a sus dueños la facultad de disposición sobre sus gasoductos, con lo cual se “desplaza de plano de su labor a los actuales propietarios de gasoductos” y con ello, “entonces los derechos de propiedad adquiridos legalmente los perderán quienes ostenten la calidad de propietarios de gasoductos, pues tales facultades serán administradas y regladas por ECOGAS”.

Pero lo dicho no es todo, porque con el otorgamiento de las referidas atribuciones a ECOGAS, a través del CTG, dicha empresa se convierte en la práctica en titular de un monopolio, por cuanto la ley les niega a los particulares la facultad de ejercer la actividad de transporte de gas y operar sus gasoductos, sin que la medida se hubiera adoptado con fines rentísticos. Además, se desconoce el supuesto necesario de que el monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados quienes en virtud de su establecimiento resulten privados del ejercicio de una actividad económica lícita, pues la ley 401 no consideró el reconocimiento de indemnización en favor de “las personas que en virtud de la creación del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural quedarán privadas del ejercicio de su actividad económica lícita”.

- En relación con el segundo inciso y el párrafo del art. 8 de la ley el demandante formula un específico cargo de violación del art. 58 de la Constitución que enuncia de la siguiente manera:

En las referidas normas se menciona el contrato de construcción, operación, mantenimiento y transferencia de gasoductos y se alude a la concesión de otro.

Los referidos contratos y concesión tienen como objeto el transporte de gas por medio de ductos; igualmente, dichos contratos y concesión facultan a sus titulares para construir gasoductos, contratar su capacidad de transporte, operarlos y mantenerlos con autonomía técnica y directiva, de lo cual se derivan los correspondientes derechos adquiridos.

Con motivo de la atribución que se da a ECOGAS para administrar el Centro de Coordinación del Transporte de Gas Natural -CTG se afectan los derechos de propiedad adquiridos legalmente por los titulares de contratos y concesiones.

- En su intervención el Ministro de Minas y Energía sostiene que el actor está confundiendo la función meramente administrativa asignada a Ecogas, que se concreta o materializa en el suministro de las instalaciones de la empresa, elementos y dotación para las oficinas, etc, con el manejo del sistema de transporte de gas natural, que está a cargo del Centro de Coordinación de Transporte -CTG- como organismo directamente responsable de su funcionamiento, sin que Ecogas tenga relación alguna de orden jerárquico sobre el CTG.

El CTG, es una unidad manejada por ECOGAS, a la cual la ley le asignó las funciones de planear, supervisar y coordinar el transporte de gas. "A este Centro llegan el remitente - persona que contrata el servicio de transporte- y el transportador- que puede ser ECOGAS o un transportador privado-. En este contrato se determina el volumen de gas que se va a transportar. Corresponde al CTG asignar la capacidad de transporte a cada uno de los remitentes, según el tipo de servicio contratado y las condiciones operacionales del sistema (art. 3 numeral c). Esta función se tiene que realizar respetando estrictamente los contratos suscritos por los interesados".

"De esta manera queda claro que no existe violación de los derechos de los propietarios privados de los gasoductos y que ellos son quienes siguen suscribiendo los contratos de transporte de gas libremente como lo venían haciendo hasta el momento de la expedición de

la ley, contrario a lo que afirma el demandante”.

Sobre la alegada violación del artículo 336 de la Constitución, considera que no es cierta la afirmación del demandante cuando habla del establecimiento de un monopolio, porque la prestación de los servicios públicos es una obligación a cargo del Estado y es éste el que autoriza a los particulares para que puedan prestarlos, pero bajo su regulación, control y vigilancia.

La creación de Ecogas se encuentra enmarcada legalmente en la Constitución y la ley 142 de 1994, la cual establece que corresponde en forma privativa a la Nación planificar, asignar y gestionar el uso del gas combustible en cuanto sea económicamente posible a través de empresas oficiales, mixtas o privadas, así como el desarrollo de actividades tales como la comercialización, construcción y operación de los gasoductos a través de tales empresas. En consecuencia, no estamos en presencia de un monopolio, sino planificando un servicio de acuerdo con la ley.

- En su intervención el ciudadano Camilo González Chaparro, en representación de la Empresa Colombiana de Gas, manifiesta:

Cuando el actor afirma que se afecta el derecho de propiedad con las atribuciones que se dan a ECOGAS a través del CTG, confunde las facultades referidas a la administración del sistema de transporte de gas natural, con las facultades jurídicas que ostentan los propietarios de gasoductos. El CTG no administra ni tiene poder de disposición sobre los gasoductos privados, sólo contribuye con su actividad a asegurar la prestación eficiente de un servicio público

“La asignación de la capacidad de transporte ‘a cada uno de los remitentes, según el tipo de servicio contratado y las condiciones operacionales del Sistema’, que la ley formula de modo general y abstracto como le corresponde, no cercena la autonomía de la voluntad contractual de los propietarios de gasoductos, en contra de lo que afirma la demanda”.

“.....lejos de cercenar los derechos de propiedad o la autonomía de la voluntad contractual de los agentes económicos involucrados, la ley impugnada da lugar a que se registren los contratos libremente celebrados entre transportadores y usuarios, a que haya participación activa de unos y otros en la ejecución de esos contratos y a que la información que ellos

producen sobre sus necesidades de transporte diarias sea la base de la planeación, supervisión y coordinación que encomienda la ley al CTG”.

“Por lo demás, de conformidad con la ley 142 de 1994 (art. 8.2), que es ley de intervención económica, compete en forma privativa a la Nación planificar, asignar y gestionar el uso del gas combustible y, como consecuencia necesaria, el transporte para el uso”.

Considera igualmente el interviniente que al no tener dependencia funcional el Centro de Coordinación de Transporte de Ecogas, mal puede pregonarse que el Estado propenda la creación de un monopolio, figura que por su propia naturaleza, atentaría contra la propiedad que los particulares pudieran tener en gasoductos o medios de transporte de este hidrocarburo para llevarlo hasta el consumidor final. Tanto es así, que la misma ley define a los particulares involucrados en el negocio como “remitentes”, o sea aquellas personas naturales o jurídicas que pueden utilizar las redes de distribución estatales o privadas para el transporte del gas.

- El señor Procurador General de la Nación en su concepto estima lo siguiente:

En ningún momento las facultades otorgadas a Ecogas para reglamentar las condiciones operativas del sistema pueden atentar contra derechos adquiridos, la libertad de empresa y la prohibición de constituir monopolios sin previa indemnización, pues simplemente lo que se pretendió con la ley acusada fue organizar la prestación de un servicio público, función asignada privativamente por la Constitución al Ejecutivo Nacional.

Tampoco es admisible proclamar una restricción a la libertad de empresa, sobre el supuesto de que el Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, ente técnico encargado de lo concerniente al transporte de este hidrocarburo, sea una dependencia más de la empresa estatal Ecogas, puesto que la ley es clara al señalar que el CTG solo será administrado por Ecogas pero actuará como una “unidad funcionalmente independiente”, lo que garantiza por sí mismo que la operación de transporte de gas se hará dentro del sistema nacional integrado y con respeto al principio del libre acceso de los particulares, a quienes la misma norma denomina “remitentes”, eliminando así cualquier tipo de discriminación de ciudadanos particulares dedicados al transporte y prestación del servicio domiciliario de gas natural.

Estas consideraciones, sirven también para descartar cualquier presunta intención

monopolística del Estado al crear la Empresa Colombiana de Gas Natural -ECOGAS.

- Análisis de los cargos.

Con la constitución del transporte de gas natural como un sistema, se organiza e integra bajo una sola dirección el manejo de las políticas y estrategias administrativas y operativas que orientan la prestación de este servicio público, las cuales se proyectan e imponen sobre el conjunto de los gasoductos nacionales, tanto de propiedad pública como privada.

Dentro de la anterior perspectiva se han establecido las funciones atribuidas por el art. 3 de la ley al Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, CTG, el cual es una unidad administrativa dentro de la estructura de Ecogas.

Del examen del conjunto de las competencias atribuidas al CTG, no se desprende la pérdida o cercenamiento del derecho de propiedad de que son titulares los propietarios de los gasoductos privados.

Los poderes jurídicos que se atribuyen por la ley a un organismo oficial para el ejercicio de las funciones de dirección y administración de un servicio público, no pueden asimilarse a medios constituidos exprofeso para suprimir o menguar la propiedad de los sujetos involucrados dentro del radio de acción o de las actividades propias de dicho servicio. Desde luego que dichas atribuciones pueden implicar la imposición de ciertas cargas o limitaciones, que inciden, en mayor o menor medida, en las facultades de los propietarios sobre los bienes o actividades en relación con los cuales recae la gestión del servicio; pero este tipo de restricciones, en cuanto sean racionales y proporcionales a las finalidades públicas que se persiguen, se justifican en razón de la prevalencia del interés general sobre el de los individuos, que constituye la esencia de la función social de la propiedad y de la empresa (arts. 58 y 333 C.P.), mientras no afecten el núcleo básico del derecho de propiedad, es decir, lo desnaturalicen en sus aspectos sustanciales o lo hagan impracticable.

Si conforme al art. 365 de la Constitución los servicios públicos constituyen una finalidad social en el Estado Social de Derecho, es comprensible que en la organización y funcionamiento de dichos servicios se puedan, en las condiciones señaladas, afectar e involucrar bienes de particulares, en la medida en que ellos sean necesarios para asegurar no sólo la eficiente prestación del servicio, sino el cumplimiento de la función social de la

propiedad y de la empresa, exigida por la Constitución.

No se trata en la situación analizada de la restricción de derechos fundamentales, sino económicos sociales, a los cuales pertenece el derecho de propiedad; por consiguiente, existe un amplio margen de discrecionalidad del legislador para imponer las limitaciones racional y proporcionalmente necesarias que permitan asegurar la adecuada y eficiente prestación del servicio público en comento.

- En lo que atañe con el cargo específico formulado contra el segundo inciso y el párrafo del art. 8 de la ley no ocurre la pretendida violación, porque esta norma se limita exclusivamente a discriminar el origen de algunos bienes que se destinan a conformar el patrimonio de Ecogas.

Justamente el inciso 2o. de este artículo desarrolla el aspecto señalado, y con tal fin se autoriza al Gobierno Nacional para que “determine los activos por entregar, los contratos por ceder y las relaciones jurídicas con los contratos de construcción, operación, mantenimiento y transferencia (“BOMT”), entre otros, Cali-Mariquita y Ballena-Barrancabermeja y con la concesión Sebastopol-Medellín y las demás a que haya lugar en el proceso de escisión”.

De esta norma, en modo alguno se deduce violación de la propiedad de terceros, porque en ella simplemente se le encomienda al Gobierno la tarea de precisar los derechos que Ecopetrol debe cederle o traspasarle a ECOGAS con ocasión de la escisión patrimonial, de lo cual no se puede concluir que se alteran o reducen los derechos que pudieran tener los contratistas en tales relaciones contractuales, los cuales permanecen incólumes.

En síntesis, las funciones que se le otorgan a ECOGAS, a través del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural -CTG, en relación con la prestación del servicio público de transporte de gas natural y en cuanto tiende a garantizar su operación y funcionamiento planificado, ordenado, coordinado y eficiente, constituyen un desarrollo de las competencias que le corresponden al legislador conforme a los arts. 150-23 y 365 de la Constitución Política.

- En cuanto a la pretendida violación de los artículos 336 y 365 Superior (creación de monopolios y reserva por el Estado de servicios públicos), se anota lo siguiente:

La creación por la ley del sistema de transporte de gas natural, genera necesariamente un nuevo esquema para el manejo de los diferentes elementos que lo integran, y que requieren redefiniciones, tanto desde el punto de vista normativo como operativo.

En efecto, la empresa ECOGAS por conducto del CTG, como cabeza responsable del sistema, lleva a cabo funciones de dirección y coordinación del sistema, aplica las regulaciones que expide la Comisión de Regulación y Energía y gas, CREG, (Ley. 142/94, art. 69 y ley 401/97, par. 3o., art. 3), tramita las nominaciones de transporte de gas y asigna a los usuarios o remitentes la capacidad que les corresponde, y todo ello en el afán de que opere en el país un mercado eficiente, seguro y confiable del transporte de gas natural que garantice la calidad de dicho servicio público (L. 401/97, art. 3, letras a, b, c, d, e, f y g.). En tal virtud, del ejercicio de dichas atribuciones, no se puede deducir que ECOGAS -CTG, se convierta en un oferente único en el mercado de transporte de gas natural, pues si bien esta entidad es transportadora del referido combustible, no excluye el derecho que tienen los demás propietarios de gasoductos para realizar idéntica labor; por consiguiente, no es admisible la apreciación del demandante en el sentido de que el ejercicio de las funciones mencionadas por ECOGAS constituyan una actividad monopólica o de reserva de un servicio público, ejercida sin sujeción a los mandatos constitucionales.

Todo lo contrario, el respeto por los derechos de los particulares trasciende fácilmente de la ley, si se tiene en cuenta que el sistema de transporte se integra con los gasoductos oficiales y con los privados, pero sin que éstos pierdan su naturaleza de tales (art. 2), lo cual se corrobora con la autorización que otorga la ley a ECOGAS para “explotar comercialmente la capacidad de los gasoductos de propiedad de terceros”, pero mediante el pago de una tarifa de disponibilidad o por acuerdo con éstos.

Lo anterior significa que el sistema creado no pretende desconocer la propiedad privada; por el contrario, la respeta. En consecuencia, no se monopoliza el transporte de gas natural porque la oferta del servicio, ahora como antes de la ley 401, sigue teniendo un origen múltiple, es decir, que su prestación se ofrece tanto por ECOGAS, como por los propietarios de gasoductos particulares. Además, como se dijo antes, los dueños de los gasoductos privados conservan las atribuciones de uso, goce y disposición, razón por la cual el derecho de propiedad se preserva.

Las funciones que se otorgan a ECOGAS -CTG, son coherentes con el mandato constitucional que impone al Estado el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, aún si no los ofrece directamente, según el cual “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios” (art. 365).

Por las razones anteriores y en relación con el cargo analizado las normas acusadas serán declaradas exequibles.

3.3. Desconocimiento de la libertad económica y la libre competencia.

El actor considera que los apartes normativos de los arts, 2 y 3 de la Ley 401/97 que acusa, en cuanto crean y asignan funciones al CTG, quebrantan el artículo 333 constitucional, pues “a partir de la vigencia de esta ley, la libertad económica referente a tal actividad desaparece para aquéllas personas cuyo comercio tenga por objeto el transporte de gas natural, como quiera que ECOGAS, por conducto del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, planeará, supervisará y coordinará tal actividad transportadora; así mismo, asignará la capacidad de transporte para cada uno de los usuarios de los diferentes gasoductos construidos en el país de propiedad de diversas personas. Y peor, todas las personas competidoras comercialmente de ECOGAS estarán sujetas a las reglas y condiciones operativas que le señale la autoridad competente o a través de ella misma, es decir, del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, CTG ”.

- El ciudadano interviniente en representación de ECOGAS, al referirse al cargo por violación del artículo 333 de la Constitución que reconoce como libres la actividad económica y la iniciativa privada, destaca cómo los incisos a, c, e, f y g del artículo 3 y del parágrafo 3 del mismo artículo de la Ley 401/97, son acordes con lo estatuido en la mencionada disposición superior, por cuanto el ejercicio de los derechos citados siempre deben supeditarse a los conceptos de “bien común” e “interés social”.

Igualmente señala que la actividad de transporte de gas constituye un servicio público y como tal se enmarca dentro de las finalidades sociales del Estado y se encuentra sometido al régimen jurídico que fije la ley.

En cuanto a la aseveración del demandante en el sentido de que ECOGAS desarrollará actividades similares y por lo tanto desplazará a las empresas particulares propietarias de gasoductos de la actividad comercial del transporte, expresa:

Dicha afirmación pasa por alto la disposición contenida en el art. 2 inciso tercero, en el sentido de que el CTG debe operar en forma no discriminatoria para beneficio del sistema de transporte, así como el párrafo del inciso tercero en el sentido de que “el CTG usará toda la información que reciba de los centros de control de los diversos gasoductos para asegurar que la operación integrada de dicho sistema resulte oportuna, económica, segura y sea realizada sobre el principio del libre acceso y no discriminación”. Concuerdan las referidas normas con el numeral 11-2 de la ley 142/94, aplicable conforme al art. 11 de la ley acusada, que imponen a las entidades que presten servicios públicos “abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia”.

- El Procurador General de la Nación en su concepto manifiesta:

No es admisible proclamar una restricción a la libertad de empresa, sobre el supuesto de que el Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, ente técnico encargado de lo concerniente al transporte de estos hidrocarburos, sea una oficina mas de la empresa estatal ECOGAS, puesto que la ley es clara al señalar que el CTG sólo será administrado por ECOGAS pero actuará como una “unidad funcionalmente independiente” lo que garantiza por si misma que la operación de transporte de gas se hará dentro del sistema nacional integrado y con respeto al principio del libre acceso de los particulares, a quienes la misma norma denomina “remitentes”, eliminando así cualquier tipo de discriminación de ciudadanos particulares dedicados al transporte y prestación del servicio domiciliario de gas natural.

- La Corte procede a estudiar el cargo formulado por el demandante, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos jurídicos:

a) El art. 333 de la Constitución establece como regla de principio que tanto la actividad económica y la iniciativa privada, como la competencia en el mercado de bienes y servicios, son libres, dentro de los límites del bien común. Corresponde al legislador precisar, según las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales lo que de acuerdo con las necesidades cambiantes de la sociedad se considera en un momento dado como bien común, es decir como interés general, público o social, delimitando, por consiguiente, el alcance de

esas libertades.

Es deber del Estado, garantizar el ejercicio efectivo y eficaz de los derechos que emanan del reconocimiento de las referidas libertades. En tal virtud, “la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si estas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular”⁴.

b) En la sentencia C-535/975 la Corte se refirió a la libre competencia en los siguientes términos:

“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados”.

(.....)

“El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración”.

“La Constitución no puede, sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

“Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible”.

c) El ejercicio de las funciones estatales se cumplen a través de diferentes órganos, diseñados con una estructura determinada y con la atribución de un haz de competencias, vale decir, de poderes jurídicos que concretan y traducen sus posibilidades de acción práctica. Pero si bien la asignación de las referidas competencias, cuando no las establece la Constitución, es una atribución que corresponde a cierta discrecionalidad del legislador, no por ello puede admitirse su ejercicio en forma arbitraria, irracional o desproporcionada, y por fuera de los límites que le impone la Constitución. Por lo tanto, debe ser normal que la naturaleza y estructura del órgano sea congruente, compatible o armónica con la índole propia de las funciones que se le atribuyen. Aunque nada se opone a que excepcionalmente un órgano, además, de las funciones básicas u ordinarias que le corresponden pueda, eventualmente, desempeñar otras; de ello hay aplicación práctica en diferentes normas de la Constitución. Así se prevé que el Congreso realice función legislativa y función jurisdiccional, o que las autoridades administrativas puedan ser habilitadas, con ciertas limitaciones, para ejercer esta función (arts. 116, 174, 175 y 178-3).

Del texto del art. 113 de la Constitución se deduce que el cumplimiento de las funciones estatales se ejerce por órganos, integrados a las ramas del poder público o por órganos autónomos e independientes. Es evidente, pues, la relación entre órgano y funciones y, que el diseño estructural de los órganos deben responder a la naturaleza de las funciones, con las salvedades ya anotadas.

d) En los términos del numeral 7 del artículo 150 Superior, al Congreso le corresponde determinar la estructura de la Administración Nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

Las referidas atribuciones son congruentes con el numeral 23 del mismo artículo que confiere al Congreso la facultad de “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”.

e) La Empresa Colombiana de Gas, ECOGAS, fue creada como empresa industrial y comercial del Estado, con un objeto social específico como es la planeación, organización, ampliación, mantenimiento, operación y explotación comercial de los sistemas de transporte de gas natural propios, o de particulares con los cuales haya celebrado los correspondientes convenios o contratos, con sujeción a la competencia que le corresponde al Congreso según el art. 150-7, antes citado.

Como empresa industrial y comercial del Estado se le ha señalado por la ley un objeto comercial específico, cuyo desarrollo se encuentra sometido al derecho privado; es decir, que por razón de la similitud de las actividades que desarrolla, con las que cumplen los particulares, la ley les da un tratamiento igualitario, en cuanto a la regulación y la imposición de límites y condicionamientos a sus actividades y a la aplicación del correspondiente régimen jurídico. En estas circunstancias, entiende la Corte que los contenidos normativos del art. 333 de la Constitución, que consagran la libre competencia, deben ser aplicados en forma igualitaria tanto a las empresas particulares, como a las que surgen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada, o sea, a las empresas industriales y comerciales de éste y a las sociedades de economía mixta.

f) El artículo segundo de la Ley 401 de 1997, asignó a Ecogas la administración del Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, del cual el legislador preceptuó que “se establecerá y operará como una unidad funcionalmente independiente” dentro de la estructura de la empresa mencionada.

Además, en el artículo tercero de la mencionada ley, se asignaron las funciones que habrá de cumplir el Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, funciones éstas que son diferentes al objeto social de la Empresa Colombiana de Gas, pues, como de su simple lectura se advierte, ellas son de carácter administrativo. Lo que ocurre es que, en éste caso, el Congreso Nacional en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 150 numeral 7º de la Constitución Nacional para determinar la estructura de la administración nacional, optó por crear una unidad administrativa especial, para cuya actuación dispuso que habrá de

funcionar, con su propio Director y con funciones específicas en la Empresa Colombiana de Gas, sin que pueda por ello invadir la órbita del objeto social de ésta última, y sin que pueda tampoco la empresa aludida ejercer las funciones que la propia ley asigna al Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural.

En desarrollo de las funciones que el legislador establece para el Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural en el artículo tercero de la Ley 401 de 1997, el Estado cumple el deber de atribuir a un organismo determinado la planeación y coordinación del transporte de gas, para que esa actividad se desarrolle como lo requiere la economía y no en ejercicio de una ilimitada competencia entre los transportadores, sino que opere asegurando calidad del servicio para los usuarios, con máxima capacidad de eficiencia y en condiciones que ofrezcan seguridad y confiabilidad, todo a través de un Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural, finalidades éstas, que, como salta a la vista, son todas de interés social evidente.

Por otra parte, el Centro de Transporte de Gas Natural, creado por la ley, no tiene entre sus funciones la regulación de la actividad transportadora, pues, como aparece expresamente en el párrafo tercero del artículo tercero de la Ley 401 de 1997, esa función corresponde a “la Comisión de Regulación de Energía y Gas”, la cual “establecerá” las “reglas y condiciones operativas a través del ‘Reglamento Unico de Transporte de Gas Natural’”. Es decir, que la expedición de normas de carácter imperativo, con las características propias del reglamento, en cuanto habrán de ser generales, impersonales y objetivas, le corresponde no al Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, sino a un organismo distinto, cual es la citada Comisión de Regulación de Energía y Gas, normas a las que estarán sometidos todos los transportadores de gas, incluida, desde luego la Empresa Colombiana de Gas, como integrantes del Sistema Nacional de Transporte de ese recurso natural.

En efecto, así se dispone por la Ley 401 de 1997, en cuyo artículo tercero, párrafo primero, preceptúa que el Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural usará la información que le sea suministrada “por los Centros Principales de Control, C.P.C., pertenecientes a los diferentes gasoductos que hagan parte del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural, por el Centro de Despacho Eléctrico, CND y por las estaciones compresoras, entre otros, para asegurar que la operación integrada de dicho Sistema resulte oportuna, económica, segura y sea realizada sobre el principio del libre acceso y no discriminación” (el subrayado no es del texto). Queda claro pues que por la propia ley se le impone a la Unidad Administrativa

Especial por ella creada, no solo el funcionamiento de manera independiente con respecto a la Empresa Colombiana de Gas, con funciones específicas y Director distinto al Gerente de dicha empresa.

De otra parte, se observa que, la propia Ley 401 de 1997 (artículo primero, párrafo 1º le ordena al Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural por ella creado, actuar de manera tal que asegure la operación del Sistema Nacional de Transporte del Gas en forma que se le de cabal realización operativa a los principios del “libre acceso” y “no discriminación”, lo que asegura que la actividad económica a cargo de todos los transportadores, incluida la Empresa Colombiana de Gas, estará sometida, como ya se vio a un “Reglamento Unico” y, además, en cuanto a la operación, el sistema habrá de operar con plena garantía de los principios de “libre acceso” y “no discriminación”, lo que significa que en nada podrá alterarse la igualdad, ni tampoco la libre competencia (artículos 13 y 333 de la Constitución Nacional), pues resulta evidente que por la citada Ley 401 de 1997, no se sitúa a la Empresa Colombiana de Gas en situación de privilegio con respecto a los demás transportadores del mismo producto, ni en una supuesta “posición dominante del mercado”, sino a un mismo nivel, sometida a las mismas normas reguladoras -no dictadas por ella, sino por un ente distinto-, y en idénticas posibilidades de competir con los demás empresarios dedicados a la misma actividad que a ella le fue asignada por el legislador como objeto social.

De esta suerte, ha de concluirse, entonces, que son exequibles las expresiones “ECOGAS administrará el Centro de Coordinación de Gas Natural, CTG” y “dentro de la estructura de ECOGAS” contenidas en los incisos primero y tercero, respectivamente, del artículo 2 de la Ley 401 de 1997.

3.4. Violación del artículo 359 de la Constitución.

Para el demandante el artículo 15 de la ley enjuiciada quebranta el artículo 359 superior, que prohíbe el establecimiento de rentas nacionales de destinación específica, al crear un fondo especial a cargo de ECOGAS para promover y cofinanciar proyectos dirigidos al desarrollo de la infraestructura para el uso del gas natural, “cuyos recursos provendrán de una cuota fomento del 1.5% sobre el valor de la tarifa que se cobre por el gas objeto de transporte efectivamente realizado”

- En su intervención el Ministro de Minas y Energía, con apoyo en la jurisprudencia sentada en la sentencia C-040/93,6 manifiesta que la cuota que se crea en la norma acusada no es una renta específica, sino un ingreso parafiscal, que tiene como finalidad la promoción y el desarrollo de la infraestructura para el uso de gas natural en los municipios y el sector rural.

- El ciudadano interviniente en favor de ECOGAS, sostiene que este tipo de contribuciones no constituyen un impuesto nacional, al que una vez ingresado al erario público se le de una destinación específica, sino que tiene la condición de una contribución parafiscal, de las que dijo la Corte Constitucional en sentencia C-040 de febrero 11 de 1993 “no entran a engrosar el erario público; carecen de la generalidad que caracteriza a los impuestos respecto del sujeto obligado a pagar el tributo y especialmente, porque tienen una determinada afectación”.

- En su concepto el Procurador General de la Nación expresa que el aludido Fondo reúne las características de las llamadas contribuciones parafiscales que describe el art. 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

En relación con el cargo en cuestión, la Corte estima lo siguiente:

Lo que prohíbe la Constitución en el art. 359 es la destinación de rentas nacionales con fines específicos, salvo las excepciones que la misma norma consagra. En cambio, las llamadas rentas parafiscales por su naturaleza son de destinación específica.

En efecto, conforme al art. 29 del Estatuto Orgánico de Presupuesto (Decreto 111/96), al cual remite el numeral 12 del art. 150 de la Constitución para establecer contribuciones parafiscales, dice en lo pertinente:

“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable”.

Las llamadas cuotas de fomento están catalogadas como rentas parafiscales que excepcionalmente autoriza la ley a cargo de un grupo de contribuyentes (C.P. art. 150-12), y justamente en su propio beneficio, cuando se persigue la promoción e incentivación de una determinada actividad social o económica. Tales rentas se denominan parafiscales, porque no se manejan a través del presupuesto de la Nación.

Indudablemente lo que el art. 15 de la ley 401/97 establece es una renta parafiscal, pues participa de los elementos de la definición antes transcrita. No se trata en consecuencia, de una renta nacional con destinación específica, al cual alude la prohibición constitucional en referencia.

Por las razones anteriores se declarará exequible la norma acusada.

3.5. Violación del artículo 370 de la Constitución.

Dice el demandante que el parágrafo 3o. del artículo 3 de la ley demandada viola el art. 370 de la Constitución, porque confiere a la Comisión de Energía y Gas la función de expedir el reglamento único de transporte de gas natural, regulando de este modo las condiciones que deba ofrecer la infraestructura del sistema nacional de transporte de gas natural, la cual corresponde privativamente al Presidente de la República, como competencia indelegable.

El cargo formulado es improcedente por las siguientes razones:

El transporte del gas que regula la ley 401 no constituye, técnica ni jurídicamente un servicio público domiciliario, porque no se presta a un consumidor final en una vivienda o sitio de trabajo, como ha precisado la Corte⁷. Se trata justamente de una actividad complementaria de transporte comercial de gas, por un gasoducto principal desde el sitio de generación hasta a aquél en donde se conecta a una red secundaria, como lo señala el aparte final del artículo 14-28 de la ley 142 de 1994, y que si bien se lo asimilaba a un servicio público domiciliario, hoy la ley 401 se encarga de clasificar sólo como un “servicio público de gas combustible” (art. 11).

Conforme al art. 370 de la Constitución corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios

Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que lo prestan.

Como puede observarse del contexto de la referida norma una cosa es la fijación de las políticas mencionadas y otra bien distinta la función de inspección y vigilancia, como tuvo la Corte ocasión de precisarlo recientemente en la sentencia C-272/988, a propósito de la posibilidad de delegación en las comisiones de regulación de la función presidencial de determinar dichas políticas, que la Corte halló ajustadas a la Constitución cuando analizó la exequibilidad del art. 68 de la ley 142/94.

La norma acusada no se refiere al establecimiento por la Comisión de Regulación de Energía y Gas de las políticas generales de administración y control de eficiencia, ni al control, la inspección y vigilancia previstos en el art. 370 de la Constitución, porque esta norma se refiere exclusivamente a los servicios públicos domiciliarios.

La referida norma, simplemente consagra una competencia de regulación que puede ser establecida por el Legislador según los arts. 150-23, 189-22 y 365 de la Constitución, y conforme a la cual se le faculta a la Comisión para dictar las reglas y condiciones técnicas y operativas a las cuales debe ajustarse ECOGAS para el manejo y control de las actividades propias del sistema de transporte comercial del gas natural.

Por las consideraciones precedentes la Corte declarará exequible el segmento normativo acusado.

4. Salvo en relación con la declaración de exequibilidad de las normas acusadas por falta de unidad de materia, la exequibilidad de las normas demandadas se sustenta no solamente en los preceptos invocados por el demandante, sino en las demás normas de la Constitución.

VII. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. En cuanto al cargo de falta de unidad de materia, decláranse EXEQUIBLES los artículos 2, en relación con la creación del Centro de Coordinación de Transporte de Gas

Natural, 4, 13, inciso primero, 15 y 17 de la ley 401/97.

Segundo. Declarar EXEQUIBLES las expresiones demandadas de los incisos primero y tercero del art. 2, los literales a) a g) y el párrafo 3° del art. 3, y el art. 15 de la ley 401/97.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General.

Salvamento de voto a la Sentencia C-352/98

PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA-Empresa industrial y comercial del Estado no puede ejercer y reglamentar una misma actividad/ECOGAS-Centro de coordinación de transporte de gas (Salvamento de voto)

Estamos en presencia, indudablemente, de un conflicto de intereses fuerte, en que se confunde la gestión privada del Estado, desarrollada por una empresa industrial y comercial de éste, con la asignación de competencias administrativas, cuyo ejercicio concreto necesariamente constituye una amenaza virtual y potencial de determinar que se coloque a ECOGAS en una posición dominante en el mercado. Quien por razones de hecho o autorizadas por la ley se coloca en la referida situación, se enfrenta contra la voluntad constitucional que reprueba la concentración de poder con el que se pueda controlar el mercado y quebranta principios básicos del sistema como son los de la libertad económica y la libre competencia consagradas por la Carta Política. No es viable, como lo hace la mayoría, establecer una especie de lindero infranqueable entre lo que es la actividad social de ECOGAS y la que desarrolla una dependencia de la misma, como es el CTG, con las funciones de regulación e intervención administrativas que le han sido asignadas, pues las reglas de juego del mercado deben ser esencialmente iguales para todos los competidores. No le es permitido, por consiguiente, al legislador, al señalar el alcance de la libertad económica crear mecanismos que confieran poderes de acción a determinados agentes económicos cuyo ejercicio práctico tenga como resultado afectar la libre competencia económica y generar una potencial posición dominante en el mercado. Por las razones expuestas, consideramos que han debido declararse inexequibles las expresiones antes mencionadas, en forma temporal, mientras el legislador determinaba a que entidad debía adscribirse el Centro de Coordinación de Transporte de Gas -CTG, como una unidad administrativa especial de gestión y control, realmente autónoma e independiente.

Referencia: Expediente D-1898

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º (parcial), 3º (parcial), 4º, 13 (parcial), 15 y 17 (parcial) de la Ley 401 de 1997.

Magistrados Ponentes:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

Con el respeto debido por la decisión mayoritaria, adoptada por la Sala Plena de la Corporación en el asunto de la referencia, procedemos a exponer las razones de nuestro salvamento de voto parcial a dicha decisión, en los siguientes términos:

1. En el proyecto inicial de sentencia elaborado por el ponente original (Magistrado Antonio Barrera Carbonell) se proponía declarar inexecutable las siguientes expresiones "ECOGAS administrará el Centro de Coordinación de Gas Natural, CTG" y "dentro de la estructura de ECOGAS", contenidas en los incisos primero y tercero respectivamente del artículo 2 de la ley 401/97, porque se estimó que los referidos apartes normativos violan el derecho a la libre competencia económica que consagra el art. 333 de la Constitución Política.

Por el contrario la mayoría consideró, para declarar executable las normas acusadas, que éstas se ajustaban a los preceptos constitucionales.

Bajo la anterior concepción se edifica la decisión mayoritaria, que se sustenta en los siguientes argumentos:

"En desarrollo de las funciones que el legislador establece para el Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural en el artículo tercero de la Ley 401 de 1997, el Estado cumple el deber de atribuir a un organismo determinado la planeación y coordinación del transporte de gas, para que esa actividad se desarrolle como lo requiere la economía y no en ejercicio de una ilimitada competencia entre los transportadores, sino que opere asegurando calidad del servicio para los usuarios, con máxima capacidad de eficiencia y en condiciones que ofrezcan

seguridad y confiabilidad, todo a través de un Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural, finalidades éstas, que, como salta a la vista, son todas de interés social evidente”.

“Por otra parte, el Centro de Transporte de Gas Natural, creado por la ley, no tiene entre sus funciones la regulación de la actividad transportadora, pues, como aparece expresamente en el párrafo tercero del artículo tercero de la Ley 401 de 1997, esa función corresponde a “la Comisión de Regulación de Energía y Gas”, la cual “establecerá” las “reglas y condiciones operativas a través del ‘Reglamento Unico de Transporte de Gas Natural’”. Es decir, que la expedición de normas de carácter imperativo, con las características propias del reglamento, en cuanto habrán de ser generales, impersonales y objetivas, le corresponde no al Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural, sino a un organismo distinto, cual es la citada Comisión de Regulación de Energía y Gas, normas a las que estarán sometidos todos los transportadores de gas, incluida, desde luego la Empresa Colombiana de Gas, como integrantes del Sistema Nacional de Transporte de ese recurso natural”.

“En efecto, así se dispone por la Ley 401 de 1997, en cuyo artículo tercero, párrafo primero, preceptúa que el Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural usará la información que le sea suministrada “por los Centros Principales de Control, C.P.C., pertenecientes a los diferentes gasoductos que hagan parte del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural, por el Centro de Despacho Eléctrico, CND y por las estaciones compresoras, entre otros, para asegurar que la operación integrada de dicho Sistema resulte oportuna, económica, segura y sea realizada sobre el principio del libre acceso y no discriminación” (el subrayado no es del texto). Queda claro pues que por la propia ley se le impone a la Unidad Administrativa Especial por ella creada, no solo el funcionamiento de manera independiente con respecto a la Empresa Colombiana de Gas, con funciones específicas y Director distinto al Gerente de dicha empresa”.

“De otra parte, se observa que, la propia Ley 401 de 1997 (artículo primero, párrafo 1º le ordena al Centro de Coordinación de Transporte de Gas Natural por ella creado, actuar de manera tal que asegure la operación del Sistema Nacional de Transporte del Gas en forma que se le de cabal realización operativa a los principios del “libre acceso” y “no discriminación”, lo que asegura que la actividad económica a cargo de todos los transportadores, incluida la Empresa Colombiana de Gas, estará sometida, como ya se vio a un “Reglamento Unico” y, además, en cuanto a la operación, el sistema habrá de operar con

plena garantía de los principios de “libre acceso” y “no discriminación”, lo que significa que en nada podrá alterarse la igualdad, ni tampoco la libre competencia (artículos 13 y 333 de la Constitución Nacional), pues resulta evidente que por la citada Ley 401 de 1997, no se sitúa a la Empresa Colombiana de Gas en situación de privilegio con respecto a los demás transportadores del mismo producto, ni en una supuesta “posición dominante del mercado”, sino a un mismo nivel, sometida a las mismas normas reguladoras -no dictadas por ella, sino por un ente distinto-, y en idénticas posibilidades de competir con los demás empresarios dedicados a la misma actividad que a ella le fue asignada por el legislador como objeto social”.

3. Juzgamos, con base en los argumentos expuestos en la ponencia original, recogidos en parte en la sentencia, y las reflexiones adicionales que exponemos, que lo procedente era declarar la inexecutable de las expresiones de las normas antes mencionadas, por las siguientes razones:

3.1. Expresaban algunos de los apartes de la ponencia:

“El art. 333 de la Constitución establece como regla de principio que tanto la actividad económica y la iniciativa privada, como la competencia en el mercado de bienes y servicios, son libres, dentro de los límites del bien común. Corresponde al legislador precisar, según las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales lo que de acuerdo con las necesidades cambiantes de la sociedad se considera en un momento dado como bien común, es decir como interés general, público o social, delimitando, por consiguiente, el alcance de esas libertades”.

“Es deber del Estado, garantizar el ejercicio efectivo y eficaz de los derechos que emanan del reconocimiento de las referidas libertades. En tal virtud, la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si estas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular9”.

“No resulta acorde con el espíritu y la finalidad de la regulación constitucional mencionada, que ECOGAS, que en razón de su objeto es competidora de las otras empresas transportadoras de gas, pueda al mismo tiempo cumplir funciones administrativas de planeación, regulación, control y vigilancia del sistema de transporte, e incidir con mandatos

imperativos en aspectos esenciales de la operación comercial del transporte de gas, porque ello implica el quebrantamiento de los principios de igualdad ante la ley, en la aplicación de la ley y de igualdad e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa (arts. 13 y 209 C.P.)”.

“Es indudable que a las facultades conferidas a ECOGAS, como empresa transportadora de gas natural, para lo cual específicamente fue creada, suma competencias que la habilitan para someter a sus dictados a las empresas competidoras del sector privado, cuando ejercita sus poderes de organismo administrador del sistema de transporte nacional de gas. Dicha situación ubica a ECOGAS en una posición de privilegio que desentona con su propia condición jurídica, es decir, la de ser una empresa comercializadora, y con la naturaleza administrativa de las funciones que se le otorgan, que son públicas de control y dirección”.

3.2. Es ingenuo pensar, como lo hace la mayoría, que basta con que la ley diga que el CTG es independiente, para que realmente lo sea, aun cuando la normatividad acusada advierte que hace parte de la estructura de ECOGAS.

La realidad es bien diferente, pues el CTG es un simple apéndice administrativo dentro de la estructura de dicha entidad carente, por lo mismo, de autonomía administrativa, patrimonial y financiera, lo cual se reflejará necesariamente en la ausencia de la autonomía e independencia funcionales requeridas para adoptar las decisiones que le competen en el ámbito del servicio público del transporte de gas.

En efecto, no se explica como el CTG puede ser independiente, cuando hace parte de la estructura de un agente económico como ECOGAS, con intereses propios dentro de la actividad de un mercado, y cuando simultáneamente cumple funciones que de una u otra manera inciden en la actividad competitiva de las diferentes empresas que concurren al mismo.

Estamos en presencia, indudablemente, de un conflicto de intereses fuerte, en que se confunde la gestión privada del Estado, desarrollada por una empresa industrial y comercial de éste, con la asignación de competencias administrativas, cuyo ejercicio concreto necesariamente constituye una amenaza virtual y potencial de determinar que se coloque a ECOGAS en una posición dominante en el mercado.

En efecto, una posición dominante, atenta contra la voluntad constitucional cuando ella otorga “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, la condición de un mercado”¹⁰, o como lo ha señalado esta Corte, “la posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente y apreciable”¹¹.

Quien por razones de hecho o autorizadas por la ley se coloca en la referida situación, se enfrenta contra la voluntad constitucional que reprueba la concentración de poder con el que se pueda controlar el mercado y quebranta principios básicos del sistema como son los de la libertad económica y la libre competencia consagradas por la Carta Política (art.333).

No cabe duda que dentro de un régimen de derecho administrativo, la administración puede ejercer la llamada autotutela, es decir, adoptar decisiones en situaciones controvertidas frente al particular para hacer prevalecer los intereses públicos o sociales. Pero lo que la Corte no encuentra admisible es que el Estado, a través de una empresa industrial y comercial actúe en el campo de la actividad privada, sea competidor de los particulares, y al mismo tiempo ejerza funciones de naturaleza administrativa que pueden incidir en el campo de la libre competencia económica.

No significa lo dicho, que a una empresa industrial y comercial del Estado no se le pueda asignar, excepcionalmente, el cumplimiento de funciones administrativas, como tradicionalmente lo ha venido haciendo el legislador, pero dichas funciones deben ser compatibles con la naturaleza propia del objeto social, industrial o comercial, que debe desarrollar.

3.3. El Estado, cuando actúa en el campo de la actividad privada se somete a las mismas reglas de los particulares que concurren a competir en un mercado; por consiguiente, no es posible de una parte estar en el negocio y al mismo tiempo intervenir en su gestión y regulación, dotado de las prerrogativas propias del poder público.

No es viable, como lo hace la mayoría, establecer una especie de lindero infranqueable entre lo que es la actividad social de ECOGAS y la que desarrolla una dependencia de la misma, como es el CTG, con las funciones de regulación e intervención administrativas que le han sido asignadas, pues las reglas de juego del mercado deben ser esencialmente iguales para todos los competidores. No le es permitido, por consiguiente, al legislador, al señalar el

alcance de la libertad económica (arts. 150-21, 333 y 334 C.P.) crear mecanismos que confieran poderes de acción a determinados agentes económicos cuyo ejercicio práctico tenga como resultado afectar la libre competencia económica y generar una potencial posición dominante en el mercado.

3.4. Se dice en el punto 3.3. de la sentencia, equívoca y eufemísticamente, que el CTG no tiene funciones de regulación, porque ésta corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la cual debe establecer las reglas y condiciones operativas a través del reglamento único de transporte, pero no cabe duda, si se repasan las competencias de dicho Centro, que éste es titular de funciones de regulación, intervención y ejecución administrativas, en la prestación del servicio público del transporte de gas, capaces de incidir favorablemente en beneficio de ECOGAS en el mercado, mas aún cuando ellas le permiten disponer de ciertas informaciones que dentro del juego de éste es natural que se reserve cada competidor.

4. En conclusión, por las razones expuestas, consideramos que han debido declararse inexecutable las expresiones antes mencionadas, en forma temporal, mientras el legislador determinaba a que entidad debía adscribirse el Centro de Coordinación de Transporte de Gas -CTG, como una unidad administrativa especial de gestión y control, realmente autónoma e independiente.

Fecha ut supra,

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

1 Exposición de motivos al proyecto de ley # 65 presentado al Senado de la República por el Gobierno Nacional, Gaceta del Congreso # 313 del 2 de Noviembre de 1996, p. 3.

2 Idem.

3 Sentencias C-390/96, C-435/96, 428/97 y 584/97, entre otras.

4 Sentencia C-398/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

5 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

6 M.P. Ciro Angarita Barón

7 Sentencia C-578/92 M.P. Alejandro Martínez Caballero

8 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

9 Sentencia C-398/95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

10 Decreto 2153 de 1992, artículo 45-5

11 Sentencia T-375/97.