

Nora Palomo García

Abogada

Bogotá, D.C., 18 de julio de 2011

Doctor
RICARDO RAMÍREZ CARRERO
Secretario Técnico
Consejo Nacional de Operación de Gas Natural
Calle 31 No. 13 A - 51, Oficina 215, Torre 1
Ciudad

Ref. Concepto Jurídico sobre la interpretación e implicaciones para el CNO Gas del artículo 21 del Decreto 2100 del 2011.

Respetado doctor Ramírez:

En desarrollo del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con la Fiduciaria Davivienda S.A., atentamente me permito expresar mi concepto jurídico sobre la interpretación e implicaciones para ese Consejo, del mandato consagrado en el artículo 21 del Decreto 2100 de 2011, cuyo tenor literal es el siguiente:

" Artículo 21. Protocolos y Acuerdos Operativos. Cuando la CREG lo solicite, el CNOG expedirá los Acuerdos y Protocolos Operativos que se requieran con el fin de establecer los procedimientos, definiciones y parámetros básicos que deben regir para: (i) la operación del SNT; (ii) la programación de mantenimientos y/o intervenciones a la infraestructura de suministro y transporte de gas natural, que impliquen suspensión o pongan en riesgo la continuidad del servicio público; y, (iii) la coordinación de los Agentes que utilicen el SNT cuando se presenten Insalvables Restricciones en la Oferta de Gas Natural o Situaciones de Grave Emergencia Transitorias y No Transitorias o Racionamiento Programado de gas natural de que trata el Decreto 880 de 2007.

El CNOG, por su propia iniciativa, podrá someter a consideración de la CREG los Protocolos y Acuerdos operativos que considere necesarios para lograr una operación segura, confiable y económica del SNT. La CREG contará con noventa (90) días para pronunciarse y, si es pertinente, adoptarlo mediante acto administrativo".

1

24 AGO. 2011

Se consulta sobre la naturaleza de la función asignada al Consejo Nacional de Operación de Gas Natural –CNOG- y de los acuerdos y protocolos operativos, conforme al artículo 22 del Decreto 2100 de 2011. En particular, se interroga si es una función regulatoria o asesora y si estas actuaciones –acuerdos y protocolos- constituyen actos administrativos vinculantes y cuál es su ámbito de aplicación y la autoridad encargada de su obligatoriedad (“Enforcement”).

Para responder estas inquietudes, a continuación analizaré la naturaleza del Consejo Nacional de Operación de Gas y de la función que tiene asignada, así como la naturaleza, ámbito y carácter vinculante de los acuerdos y protocolos que expide.

1.1 Naturaleza y régimen del Consejo Nacional de Operación de Gas

El Consejo de Nacional de Operación de Gas Natural es un organismo creado por la ley, 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”*, conforme a los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 401 de 1997.

Igualmente, se trata de un organismo que debe ser consultado por el Gobierno Nacional previamente a la fijación del orden de atención prioritaria de la demanda cuando se presenten insalvables restricciones en la oferta de gas natural o situaciones de grave emergencia, no transitorias, que impidan garantizar un mínimo de abastecimiento (art. 16).

Lo anterior excluye (i) que la naturaleza del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural sea privada y (ii) que su función esté orientada al servicio de intereses particulares. Claramente se trata de un organismo colegiado, cuya principal función legal es la de cuerpo asesor y consultivo del Gobierno Nacional en materia de operación integrada del Sistema Nacional de Transporte.

Para entender la naturaleza del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural es necesario tener en cuenta que, en relación con la estructura de la administración pública, la nueva Constitución Política introdujo una innovación sustancial en materia de competencias del Presidente de la República, en tanto le otorgó facultad permanente para *"modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley"*.

Estos principios y reglas generales, con arreglo a los cuales el Presidente puede modificar la estructura de la administración en el orden nacional, están contenidas en la Ley 489 de 1998.

Específicamente, en el párrafo 2º de su artículo 38, la Ley 489 previó que además de los Consejos Superiores de la administración, funcionarán como como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine y prevé que en el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.

Al tenor del citado artículo 38 de la Ley 489 de 1998, los organismos consultivos o coordinadores de la administración integran el sector central de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, junto con la Presidencia y la Vicepresidencia de la República, los consejos superiores de la administración; los ministerios y departamentos administrativos y las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

Conforme a las características contenidas en las normas vigentes que regulan su creación, estructura y funciones, el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural es claramente un organismo consultivo, del nivel nacional -como su nombre lo indica-; con carácter permanente; con representación de entidades estatales -Ministerio de Minas y Energía- y del sector privado; adscrito al mismo Ministerio.

En nuestro sentir, no cabe duda de que la naturaleza del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural es la de un organismo consultivo, de los previstos en el parágrafo 2º del artículo 489 de 1998, que integra el sector central de la rama ejecutiva del poder público en el nivel nacional.

1.2 Naturaleza de la función que desempeña el Consejo Nacional de Operación de Gas natural

La principal función que la ley 401 de 1997 atribuyó al Consejo Nacional de Operación es la de hacer las recomendaciones que considere necesarias para que la operación integrada del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural sea segura, confiable y económica.

Conforme al sentido y uso general de las palabras¹, la acción de recomendar comprende las actividades de "*encargar, pedir o dar orden a alguien para que tome a su cuidado una persona o un negocio*" o "*aconsejar algo a alguien para bien suyo*"² (Destaco).

Las actividades de encargar o pedir a alguien que tome a su cuidado un asunto o aconsejar para bien de algo, son netamente funciones de consultoría o asesoría. La de dar orden para que alguien tome bajo su cuidado un asunto en particular, cuando está respaldada en el ejercicio de autoridad pública autónoma puede ir más allá de la simple consultoría o asesoría, sin perjuicio de que en algunos casos, dependiendo de la jerarquía a que esté sometido quien imparta la orden o atendiendo las razones por las cuales la imparte, pueden no trascender el ámbito propio del consultor o asesor, como se analizará más adelante.

En cuanto a la naturaleza de la función consultiva que tiene el organismo creado por la ley con este fin, se trata claramente de una función pública. En este mismo sentido lo señaló la Corte Constitucional

¹ El artículo 28 del Código Civil prescribe que "*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal*".

² Diccionario de la Real Academia Española.

mediante la sentencia C-702 de 1999 que declaró exequible condicionalmente el citado párrafo 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998:

*2.- Las expresiones "permanente" "y si fuere el caso, del sector privado" del párrafo 2º, del artículo 38 ;"prorrogables" del numeral 2º, del artículo 111 "y personas privadas" del artículo 59, questionadas a causa de la asignación de **funciones públicas permanentes** al sector privado y a los particulares.*

El actor considera que las expresiones demandadas de los artículos mencionados riñen con el artículo 123 del Estatuto Superior, en cuanto permiten que los particulares puedan asumir una competencia pública en forma permanente, siendo que la Carta Política únicamente permite que puedan hacerlo de manera temporal.

Para desvirtuar la lectura que del texto constitucional hace el demandante, e ilustrar que la asignación de funciones públicas a los particulares, cuya duración tenga un límite en el tiempo, se aviene a la Carta Política y, que contrariamente a lo afirmado por el actor, constituye expresión prístina de sus postulados y principios que promueven la participación ciudadana en la gestión de lo público, basta con traer a colación la sentencia C-286 de 1996, de la que fue ponente el H. M. José Gregorio Hernández Galindo, en la que esta Corporación hizo un recuento de las normas constitucionales en las que el Constituyente avaló esta visión, por lo cual la propia Carta Política da cuenta de:

"... la existencia de varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de la función pública por particulares, tales son los casos de los notarios (artículo 131 C.P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246 C.P.), y de la prestación de servicios públicos (artículo 365 C.P.) entre otros"

En la oportunidad que se cita, ya la Corte se había referido a la interpretación plausible del artículo 123 C.P., a la luz de los otros preceptos de la Carta que dan validez constitucional al ejercicio permanente de funciones públicas por particulares.

Conviene reproducir su razonamiento para despejar el equívoco en que incurre el actor, al hacer una lectura literal del artículo 123 de la Carta.

*Dijo entonces la Corte y **en esta oportunidad se reitera:***

"...no puede afirmarse que la temporalidad deducida del enunciado artículo 123 de la Constitución, sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas. (...)"

Dedúcese de lo expuesto que el cargo resulta infundado en cuanto cuestiona el ejercicio limitado en el tiempo de funciones públicas por particulares o de representantes del sector privado con asiento en los Consejos Superiores de la administración; o como integrantes de organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, que funcionarán con carácter permanente o temporal que es lo que consagran el parágrafo 2º. del artículo 38; y el numeral 9 del artículo 59, a que pertenecen las expresiones "permanente" "y si fuere el caso, del sector privado "y personas privadas" que, por ello, resultan exequibles (Destaco).

Adicionalmente, la misma naturaleza de función pública se desprende del mandato consagrado en el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, que establece lo siguiente:

" .. Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos".

El concepto de función pública consagrado en la Ley 1474, recientemente expedida, se enmarca dentro del ejercicio de cualquiera de las actividades enunciadas en la disposición anterior, cuya finalidad es cumplir con los fines y cometidos del Estado; las cuales, por

supuesto, pueden ser ejercidas por particulares, tal como se dejó sentado en los párrafos precedentes.

A la luz de la nueva disposición, el CNOGas tiene bajo su responsabilidad una función que está atribuida a los órganos estatales, cuyo ejercicio le fue asignado en virtud del mandato legal contenido en la Ley 401 de 1997, por lo cual es preciso reiterar lo señalado atrás en cuanto a que su actividad se enmarca dentro del ejercicio de una función pública.

1.3 Naturaleza y carácter vinculante de los acuerdos y protocolos a cargo del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural

En mi opinión, este parece ser, en materia jurídica, el punto crítico y controvertido en relación con la actividad del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural. En especial, porque el Decreto 2100 de 2011 le atribuye la facultad de "*expedir Acuerdos y Protocolos Operativos*", actividad que en sí misma puede entenderse como de normalización, de expedición de normas. No obstante, a mi juicio, repasando algunos aspectos elementales de las normas y desentrañando las características que el citado decreto atribuye a las normas del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, se obtiene claridad sobre la naturaleza y el carácter vinculante o no de los acuerdos y protocolos mencionados.

En términos generales la actividad de normalización busca identificar y establecer usos o formas comunes de hacer algo que, en tanto permiten obtener un resultado eficaz, querido y que produce bienestar –en su sentido más amplio–, es ideal mantenerlos a través de su reiteración, tanto en el tiempo –a veces años otras veces siglos–, como por un número plural de personas –el grupo, llámese clan, tribu, ciudad, municipio, nación, industria, etc–.

El uso, práctica o suceso que ha sido normalizado, se expresa a través de normas o leyes, orales o escritas. Existen distintas clases de normas o leyes. Para citar algunos ejemplos, están las naturales, con las que el

hombre busca explicarse la relación causa-efecto de fenómenos de la naturaleza, de lo que es, -v.gr. la ley de los gases ideales, la ley de la gravedad, etc.-; sociales, como los usos, la moda, las reglas de urbanidad, etc.; morales y religiosas, que no trascienden el fuero interno de las personas; técnicas, que generalmente buscan estandarizar procesos productivos con el propósito de que el resultado sea eficiente, uniforme, seguro y confiable; y jurídicas, orientadas a establecer lo que debe ser, con el fin de ordenar la sociedad, esto es, garantizar una convivencia ordenada, pacífica, justa, entre otros fines.

Lo jurídico, en su sentido general, es un elemento o atributo principalmente externo a la persona que lo ata o vincula, esto es, que delimita la voluntad del individuo en la sociedad, lo sujeta, lo hace sujeto de derecho. Este atributo de la norma jurídica, en los sistemas de tradición latina como el nuestro -*civil law*- se explica, principalmente, a través del denominado elemento coercitivo o coerción de la norma. Y puede corresponder al "*enforcement*" de la tradición anglosajona -*common law*- con evidentes diferencias, que no es necesario tratar para los efectos del asunto que aquí se analiza.

El carácter jurídico o coercitivo de la norma es un atributo que, según se considera en las épocas actuales, proviene de la organización política de la sociedad: el Estado. De hecho, a la norma jurídica se le concibe como una de las principales expresiones del ejercicio del poder público. En los Estados Constitucionales para que una norma se convierta en jurídica, además del proceso de normalización del uso, la práctica o el suceso y su efecto -se les denomina hecho y consecuencia-, se requiere que provenga de autoridad competente, esto es, de alguien que actúe en ejercicio del poder público conferido por la Constitución y la Ley para imponer sus decisiones a los demás.

Con lo anterior quiero poner de relieve, al menos, estas situaciones para efectos del análisis: i) la norma por sí misma no adquiere carácter vinculante y ii) no basta que alguien elabore o decida una norma para que ésta se imponga. La imposición de la norma ("*law enforcement*") no siempre opera de la misma forma, basta analizar algunos ejemplos para clarificar esta afirmación.

La Constitución Política manda a todas las personas cumplir la Constitución y la Ley (art. 95) e impone responsabilidad –deber de reparar daños- por el incumplimiento (arts. 6º y 90). Es decir, el propio constituyente primario impuso, con carácter vinculante, la Constitución y la Ley a todas las personas que habitan el territorio nacional. Pero la atribución del carácter imperativo a las normas no ocurre siempre de la misma forma.

Ilustro estos distintos ejemplos sobre el momento o los requisitos para que una norma se imponga como obligatoria:

- i) Al Congreso de la República le corresponde hacer las leyes. Pero él solamente las hace (art. 150), en el sentido de que elabora y/o aprueba los proyectos; por regla general no las impone como obligatorias. Conforme al artículo 157 de la Constitución, para que un proyecto de ley aprobado por el Congreso se imponga, esto es, sea ley obligatoria, se requiere la sanción, que es el acto independiente de la aprobación, por medio del cual el Gobierno Nacional –por regla general y excepcionalmente el Congreso- ordena que la ley se cumpla.
- ii) En materia de actos administrativos, generales o particulares, esto es, decisiones de la administración que tienen como fin producir efectos jurídicos sobre los particulares, el Código Contencioso Administrativo dispone que *"salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados"* –art.64- (Destaco). En este caso, basta que el acto quede en firme y en virtud de la ley, por sí mismo obliga. Jurídicamente, a este efecto se le conoce como la fuerza ejecutoria del acto.
- iii) En cuanto se refiere a las normas técnicas para una determinada actividad, éstas se pueden adoptar de diversas formas y con

distintos efectos. Su adopción puede hacerse directamente mediante la Ley, o a través de actos administrativos, o incluso pueden ser adoptadas por organismos consultores del Gobierno o por particulares. En los primeros dos casos, dichas normas son obligatorias. En la última hipótesis el solo hecho de que un organismo consultor o particular las adopte, no las vuelve obligatorias, aunque siendo normas técnicas; pero si éstas son adoptadas a través de ley o acto administrativo que las imponga como obligatorias, vinculan.

Puede citarse como ejemplo de esto último las normas técnicas adoptadas o recomendadas por el ICONTEC, organismo que, conforme a los Decretos 767 de 1964, 2461 de 1971, 2746 de 1984 y 2269 de 1993 es asesor del Gobierno Nacional en materia de normalización. Por regla general, las normas que expida o adopte, solamente se imponen con carácter obligatorio en la medida en que la autoridad competente así lo decide.

Puestas de presente, sintéticamente, las anteriores reflexiones en torno a las normas, procedo a analizar las características particulares relevantes sobre las normas que, según el Decreto 2100 de 2011, puede adoptar el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural:

Establece el artículo 21 de este Decreto:

Artículo 21. Protocolos y Acuerdos Operativos. Cuando la CREG lo solicite, el CNOG expedirá los Acuerdos y Protocolos Operativos que se requieran con el fin de establecer los procedimientos, definiciones y parámetros básicos que deben regir para: (i) la operación del SNT; (ii) la programación de mantenimientos y/o intervenciones a la infraestructura de suministro y transporte de gas natural, que impliquen suspensión o pongan en riesgo la continuidad del servicio público; y, (iii) la coordinación de los Agentes que utilicen el SNT cuando se presenten Insalvables Restricciones en la Oferta de Gas Natural o Situaciones de Grave Emergencia Transitorias y No Transitorias o Racionamiento Programado de gas natural de que trata el Decreto 880 de 2007.

Nora Palomo García

Abogada

El CNOG, por su propia iniciativa, podrá someter a consideración de la CREG los Protocolos y Acuerdos operativos que considere necesarios para lograr una operación segura, confiable y económica del SNT. La CREG contará con noventa (90) días para pronunciarse y, si es pertinente, adoptarlo mediante acto administrativo.

Y en su artículo 2º el mismo decreto define el Acuerdo y el Protocolo así:

Acuerdo Operativo: Decisiones sobre los aspectos técnicos del SNT, tendientes a lograr una operación segura, económica y confiable.

Protocolo Operativo: Plan escrito y detallado que establece objetivos, guías y procedimientos de carácter técnico para el desarrollo de un proceso operativo específico, de acuerdo con las mejores prácticas generalmente aceptadas a nivel nacional e internacional.

De las múltiples características que estas normas atribuyen a los acuerdos y protocolos operativos a cargo del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, destaco estas dos, comunes y relevantes para el asunto que se analiza:

- i) Al Consejo de Nacional de Operación de Gas Natural le corresponde realizar actividad de normalización sobre aspectos técnicos de la operación del Sistema Nacional de Transporte, es decir, le corresponde decidir o adoptar normas para estos efectos. Se trata normas técnicas que, por razones de organización, el Decreto clasifica en acuerdos y protocolos, como lo ampliaré en el análisis del ámbito de aplicación.
- ii) Las normas técnicas deben ser adoptadas por el Consejo Nacional de Operación previa decisión de la CREG, o pueden ser propuestas por la propia iniciativa de aquél para que ésta las considere y decida si las impone como obligatorias o no.

Cuando la CREG decide que el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural expida un acuerdo o protocolo, es la decisión de la CREG, esto es, el acto administrativo de la CREG, la que impone como obligatorias las normas técnicas del Consejo. Visto al revés, se comprende mejor el efecto: Conforme al artículo 21 del Decreto 2100 de 2011 si el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural expide un acuerdo o protocolo que no le haya solicitado la CREG, esas normas no tienen fuerza vinculante mientras no las someta a consideración del organismo regulador y éste haya decidido expresamente si lo adopta como obligatorio, esto es, si lo impone o no, según lo previsto en el inciso segundo del citado artículo.

En realidad, la facultad de adoptar normas técnicas sobre estos aspectos de que trata el Decreto 2100 de 2011 estaba asignada por la Ley 142 de 1994, artículo 67.1, al Ministerio de Minas y Energía, en los siguientes términos:

67.1. Señalar los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que utilicen las empresas de servicios públicos del sector, cuando la comisión respectiva haya resuelto por vía general que ese señalamiento es realmente necesario para garantizar la calidad del servicio, y que no implica restricción indebida a la competencia.

A mi juicio, lo que hizo el Decreto 2100 de 2011 fue trasladar esa facultad, específicamente en lo relativo a la operación del Sistema Nacional de Transporte de gas, al Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, con las características ya señaladas.

Ahora bien, la Ley 142 de 1994 define la actividad de regulación como la facultad de dictar normas, de carácter general o particular, es decir como una función de normalización. Pero expresamente señala que estas normas se dictan "...para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos" -art. 14.18- (Destaco). Por lo que, a mi juicio, es claro que, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios como el de gas natural, la función de

regulación no comprende cualquier tipo de normalización, sino solamente aquella que es dictada por la autoridad competente para someter la conducta de los prestadores de servicios, esto es, para proferir actos administrativos, los cuales por su naturaleza obligan por sí mismos desde el momento en que se encuentran en firme.

Las anteriores razones me permiten concluir, sin duda, que conforme al Decreto 2100 de 2011 el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural tiene atribuida competencia en materia de normalización de los aspectos técnicos de la operación del Sistema Nacional de Transporte. Pero dicha normalización no constituye propiamente el ejercicio de la función de regulación de que trata el artículo 14.18 y demás normas de la ley 142 de 1994, en tanto los acuerdos y protocolos que expida o adopte solamente se imponen o son obligatorios cuando la Comisión de Regulación de Energía y Gas así lo decida. Caso en el cual quien ejerce la función de regulación, para someter la conducta de los prestadores, es esta última autoridad y no el Consejo.

En mi opinión este esquema, en lo esencial, es el mismo que viene utilizando la CREG al adoptar como obligatorias, a través de su regulación, distintas normas expedidas por organismos de normalización técnica, nacionales, como las NTC, o internacionales, como las IEEE, para citar algunos ejemplos. Con la diferencia de que en el caso específico del artículo 21 del Decreto 2100 de 2011 la CREG, adicionalmente, está facultada para solicitar expresamente al Consejo Nacional de Operación de Gas Natural que la expida sobre materias determinadas, en el cual participan principalmente los mismos prestadores del servicio.

Desde esta óptica, es claro que la función de normalización atribuida por el Decreto 2100 de 2011 al Consejo Nacional de Operación de Gas Natural sigue siendo propiamente la de un organismo asesor del Gobierno Nacional, como está previsto en los artículos 4º y 16 de la Ley 401 de 1997.

Sobre este mismo aspecto, también pongo de relieve que el Decreto 2100 de 2011 al definir los acuerdos se refiere a ellos como decisiones,

lo cual, por sí mismo, no le atribuye a los acuerdos el carácter de acto administrativo.

Es indudable que el acto administrativo es una decisión, pero no cualquiera; debe tratarse de la expresión de la voluntad proveniente de una autoridad que tenga atribuida competencia para imponer sus decisiones sobre los demás, es decir, debe tratarse de una decisión con efectos vinculantes en el mundo jurídico, atributo del que, como he dejado establecido, carecen las normas técnicas que decida o adopte el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural sin decisión de la CREG.

Por estas razones entiendo que el citado Decreto al referirse al acuerdo como una decisión, no está haciendo otra cosa que señalar que el cuerpo colegiado, que constituye el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, debe haber expresado su voluntad en torno a la adopción de la(s) respectiva(s) norma(s) técnica(s), lo cual no es nada distinto de lo que hace, por ejemplo, el ICONTEC, cuando decide adoptar o recomendar una norma, sin que ello constituya una decisión de la administración pública.

Finalmente, otro aspecto relacionado con la coerción de la norma ("*law enforcement*"), es la exigencia de su cumplimiento contra la voluntad del destinatario, del sujeto, lo cual debe hacerse a través de las autoridades encargadas de la vigilancia y control de las normas técnicas obligatorias. Competencia que, en este caso, está expresamente atribuida a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por el artículo 79.13, en virtud del cual a esta entidad le corresponde "*verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios*".

1.4 Ámbito de aplicación de los acuerdos y protocolos del Consejo Nacional de Operación

En cuanto a su alcance territorial, los acuerdos y protocolos que expida el Consejo Nacional de Operación son de alcance nacional y su área de influencia está determinada por el cubrimiento del Sistema Nacional de Transporte de gas natural.

Respecto del ámbito subjetivo, los destinatarios de los acuerdos y protocolos del Consejo Nacional de Operación son todos los sujetos involucrados en la operación del Sistema Nacional de Transporte, bien por ser propietarios, operadores, usuarios, coordinadores o por tener cualquier otro interés directo como ser beneficiario o afectado con dicha operación.

En cuanto al ámbito material, los protocolos y acuerdos del Consejo Nacional de Operación solamente pueden recaer sobre aspectos técnicos del Sistema Nacional de Transporte, en lo relativo a (i) la operación del SNT; (ii) la programación de mantenimientos y/o intervenciones a la infraestructura de suministro y transporte de gas natural, que impliquen suspensión o pongan en riesgo la continuidad del servicio público; y (iii) la coordinación de los Agentes que utilicen el SNT cuando se presenten Insalvables Restricciones en la Oferta de Gas Natural o Situaciones de Grave Emergencia Transitorias y No Transitorias o Racionamiento Programado de gas natural de que trata el Decreto 880 de 2007.

Finalmente, desde el punto de vista formal, el Decreto 2100 de 2011 distingue las normas técnicas a cargo del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural entre protocolos y acuerdos. Conforme a las definiciones contenidas en su artículo 2º, a través de los protocolos debe establecer planes escritos y detallados, estableciendo objetivos, guías y procedimientos para el desarrollo de un proceso operativo específico. Por exclusión, la demás normatividad técnica debe ser adoptada a través de acuerdos operativos.

Lo expresado anteriormente, puede resumirse en los siguientes literales:

- a) El Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, conforme a los artículos 4º y 16 de la Ley 401 de 1997, 38 de la Ley 489 de 1998 y 21 del Decreto 2100 de 2011 es un organismo consultivo o asesor del Gobierno Nacional, que integra el sector central de la Rama Ejecutiva en el nivel nacional y que cumple función pública consultiva o asesora.

- b) Conforme al Decreto 2100 de 2011 el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, en su calidad de organismo asesor o consultivo, tiene atribuidas funciones de normalización de aspectos técnicos de la operación del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural, la cual no constituye función de regulación al tenor de lo definido por el artículo 14.28 de la Ley 142 de 1994.
- c) En ejercicio de la facultad de normalización que le atribuye el Decreto 2100 de 2011 el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural puede adoptar normas técnicas, que solamente son vinculantes por la decisión expresa que en tal sentido adopte la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Por tanto, la adopción de las normas técnicas por parte del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural no constituye actos administrativos.
- d) Los acuerdos y protocolos que expida el Consejo Nacional de Operación son de alcance nacional, conforme al cubrimiento del Sistema Nacional de Transporte de gas natural; aplican a todos los sujetos involucrados en la operación del Sistema Nacional de Transporte, bien por ser propietarios, operadores, usuarios, coordinadores o por tener cualquier otro interés como ser beneficiario o afectado con dicha operación; deben recaer sobre aspectos técnicos del Sistema Nacional de Transporte, en lo relativo a la operación, la programación de mantenimientos y/o intervenciones a la infraestructura de suministro y transporte, que impliquen suspensión o pongan en riesgo la continuidad del servicio público, y a la coordinación de los Agentes que utilicen el SNT cuando se presenten Insalvables Restricciones en la Oferta de Gas Natural o Situaciones de Grave Emergencia Transitorias y No Transitorias o Racionamiento Programado de gas natural de que trata el Decreto 880 de 2007. Los protocolos deben contener los objetivos, guías y procedimientos para el desarrollo de un proceso operativo específico y las demás normas deben adoptarse a través de acuerdos operativos.

1.5 Procedimiento para expedir acuerdos y protocolos operativos

Existen inquietudes en el sentido de que cuando la CREG solicita al Consejo su expedición, los acuerdos y protocolos deben volver a la CREG para su aprobación; que es importante aclarar si la CREG pierde o mantiene su competencia en caso de que el Consejo los expida directamente; si no existe silencio administrativo positivo en lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 2100 de 2011 y qué utilidad tiene el plazo señalado en esta norma.

En primer lugar, como sustenté en los análisis precedentes, la función de normalización técnica asignada al Consejo Nacional de Operación de Gas Natural es distinta de la función de regulación atribuida a la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

La diferencia radica, entre otros aspectos fundamentales, (i) en la potestad que tiene la CREG para decidir si impone como obligatorias las normas del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, facultad de la que carece este último y (ii) en el alcance material, pues la función del Consejo está limitada exclusivamente a los aspectos técnicos de la operación del Sistema Nacional de Transporte, en tanto que la función de regulación de la CREG comprende esta materia y todas las demás relativas a las distintas actividades que integran el servicio público de gas natural.

Conforme a esto último, si la CREG así lo decidiera, ella misma podría adoptar todo lo relativo a los aspectos técnicos de la operación del Sistema Nacional de Transporte, pues tiene la competencia para hacerlo conforme a las leyes 142 de 1994 y 401 de 1997.

Nótese que, de hecho, cuando la CREG solicita al Consejo Nacional de Operación de Gas Natural expedir los acuerdos o protocolos lo que está haciendo es regular a partir de la adopción de las normas acordadas por el Consejo. Y aquí es donde radica la importancia del Consejo como cuerpo consultivo, pues esto i) permite una participación más directa y decisiva de los agentes del sector en las decisiones regulatorias que los

involucran y ii) dinamiza, agiliza y complementa –dentro del ámbito señalado- la regulación, en tanto que, estando dedicado el Consejo permanentemente a esa función asesora, hace más expedito el proceso de regulación de la CREG.

Considero que los análisis que preceden permiten responder estas otras inquietudes así:

- a) Conforme a las competencias atribuidas por las Leyes 142 de 1994 y 401 de 1997 y al artículo 21 del Decreto 2100 de 2011 la Comisión de Regulación de Energía y Gas tiene facultad para expedir directamente las normas sobre operación del SNT y para decidir discrecionalmente si solicita que el Consejo Nacional de Operación las expida. En este último caso, conforme a la discrecionalidad de la CREG, las puede adoptar directamente el Consejo, sin necesidad de una aprobación posterior de la CREG o esta entidad puede decidir que posteriormente se las someta a su aprobación. Ante el silencio de la Comisión en este último aspecto debe entenderse que el Consejo adopta directamente las que le solicita la CREG, porque es claro que en ese caso la autoridad reguladora no exigió que el Consejo le sometiera a su aprobación las que le solicitó expedir.

A mi juicio, esta discrecionalidad del organismo regulador estará determinada por razones como la oportunidad en la aplicación, conveniencia y relevancia del tema, responsabilidad que debe asumir el regulador y, sobre todo, por la confianza en la capacidad técnica, transparencia y neutralidad que demuestre el Consejo, o dicho de otra forma, por la legitimidad que logre consolidar el Consejo Nacional de Operación de Gas Natural en su proceso de normalización.

- b) La CREG mantiene su competencia para regular la materia a pesar de que haya solicitado al Consejo Nacional de Operación de Gas Natural y este las haya adoptado directamente, principalmente, porque como ya expuse, se trata de dos funciones distintas.

- c) La función de regulación a cargo de la CREG es permanente y en lo que se refiere a la expedición de normas de carácter general es oficiosa y, por regla general, sin condicionamientos de plazos máximos. Y por otra parte los acuerdos o protocolos que le somete a su consideración el Consejo Nacional de Operación están orientados a complementar esa función, en el ámbito expuesto. En adición, entiendo que el término de 90 días previsto para el pronunciamiento no es un plazo perentorio para resolver una petición en interés particular ni en interés general. Por estas razones considero que no opera el silencio administrativo.
- d) El plazo de noventa días para el pronunciamiento establece un deber para la CREG, que debe cumplir, como le corresponde cumplir toda la demás normatividad superior. El vencimiento del plazo sin pronunciamiento constituye el incumplimiento de un deber, pero, en este caso específico, ese incumplimiento no agota su facultad regulatoria permanente.

1.6 Responsabilidad de los miembros frente a ambas modalidades de participación en la expedición de acuerdos.

La conformación del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural, conforme a las normas vigentes, es mixta, en tanto en su seno hay representación de entidades públicas, generalmente a través de funcionarios públicos y de particulares. En este último caso se trata de particulares que ejercen la función pública consultiva o asesora, como ya lo ha señalado la jurisprudencia.

Por tanto, los miembros del Consejo Nacional de Operación de Gas Natural están sometidos: (i) A las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades, conflictos de interés, que establezcan las leyes, con carácter especial, para los particulares que ejerzan funciones públicas³

³ Ley 734 de 2002, Artículo 54. *Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses*. Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales.
o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.

Nora Palomo García

Abogada

(ii) a la responsabilidad disciplinaria regulada por el Código Disciplinario Único, en lo que tiene que ver con el ejercicio de esta función por parte de particulares, (iii) a la responsabilidad penal por el caso de aquellos delitos en los que el sujeto punible es un particular que ejerce función pública, que realizó la conducta en ejercicio de tal función y (iv) a la responsabilidad patrimonial en caso de que el Estado haya sido condenado patrimonialmente a resarcir un daño causado por culpa grave o dolo del particular que ejerció la función pública, evento en el cual procede la acción de repetición en contra de este último.

En este mismo caso se trataría específicamente de daños que se hayan causado directamente a personas por las normas técnicas adoptadas o recomendadas, habiendo actuado el o los miembros del Consejo con culpa grave o dolo.

En los términos anteriores, me permito rendir el concepto jurídico solicitado.

Cualquier información adicional, estaré atenta a suministrarla.

Agradezco su atención,

Cordialmente,


NORA PALOMO GARCÍA
T.P. 10741 del CSJ

2. Las contempladas en los artículos 8º de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.

3. Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.

Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir.