



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00164-00 (62492)

Actor: IVONNE ADRIANA DÍAZ CRUZ

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Referencia: NULIDAD

SENTENCIA ANTICIPADA-Nulidad simple de única instancia. NULIDAD SIMPLE-Medio de control idóneo para la anulación de actos administrativos. CADUCIDAD EN NULIDAD SIMPLE-La acción puede intentarse en cualquier tiempo. DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO-La pérdida de fuerza ejecutoria no impide el estudio de legalidad. INICIATIVA PRIVADA-Libertad dentro del bien común. LIBRE COMPETENCIA-Derecho de todos que supone responsabilidades. LIBRE COMPETENCIA-Dimensión de la libertad económica. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Autoridad nacional de protección de la competencia. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-Instrumento de protección de la competencia. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-Concepto previo no vinculante de la SIC sobre proyectos de regulación. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-Actos con incidencia en la libre competencia. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-Excepciones. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-Reglas para su trámite. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-Deber de motivación especial en caso de apartarse del concepto de la SIC. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-Función preventiva. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-Su omisión vicia el acto administrativo. EXPEDICIÓN IRREGULAR-Causal de nulidad de los actos administrativos. ACTO ADMINISTRATIVO-Nulidad por expedición irregular POTESTAD REGLAMENTARIA-Normas para la cumplida ejecución de la ley. POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-El presidente de la República también está sujeto a dicho trámite. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA-Procede frente a decretos reglamentarios si tienen incidencia en la libre competencia. COSTAS EN CPACA-No procede cuando se ventila un interés público.

La Sala, de acuerdo con lo dispuesto en sesión del 28 de julio de 2022¹ y en el artículo 182A CPACA, decide en única instancia la demanda de nulidad interpuesta por Ivonne Adriana Díaz Cruz, contra el Decreto 570, Resolución n.º 40791 y Resolución n.º 40795 de 2018, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía.

SÍNTESIS DEL CASO

El Decreto 570 de 2018 estableció los lineamientos de política pública para definir e implementar un mecanismo para la contratación de largo plazo de proyectos de

¹ Según el acta n.º. 5 de esa fecha.



2
Expediente n.º 62.492
Demandante: Ivonne Adriana Díaz Cruz
Declara nulidad

generación de energía eléctrica. La Resolución n.º. 40971 del Ministerio de Minas y Energía definió ese mecanismo como una subasta de sobre cerrados de dos puntas, de participación voluntaria de compradores y vendedores y la Resolución n.º. 40795 de 2018 convocó la primera subasta. El demandante pide la nulidad de estos actos administrativos por no haber agotado el requisito previo de «abogacía de la competencia», omisión que vicia los actos por expedición irregular.

ANTECEDENTES

El 3 de octubre de 2018, Ivonne Adriana Díaz Cruz formuló **demanda de nulidad** contra la Nación-Ministerio de Minas y Energía -en adelante MME-. Pidió que se declarara la nulidad del Decreto 570 del 23 de marzo de 2018, que adicionó el Decreto 1073 de 2015 en relación con los lineamientos de política pública para la contratación de largo plazo de proyectos de generación con fuentes no convencionales de energía eléctrica; la Resolución n.º 40791 del 31 de julio de 2018, que definió e implementó un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para los proyectos de generación de energía complementario a los mecanismos existentes en el mercado de energía mayorista y la Resolución n.º 40795 del 1 de agosto de 2018, que convocó a la primera subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica y definió los parámetros de su aplicación.

Expuso que los actos acusados violaron los artículos 13, 333, 334 y 365 CN; los artículos 3, 7 y 16 de la Ley 143 de 1994; los artículos 73 y 74.1 de la Ley 142 de 1994 y el artículo y de la Ley 1340 de 2009 y sus normas reglamentarias. A su juicio, estas violaciones se concretan en los siguientes cargos: (i) violación de las normas en que debía fundarse, (ii) expedición irregular y (iii) falsa motivación. Sostuvo que el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, sobre la «abogacía de la competencia», establece que todas las autoridades de regulación deben solicitar un concepto previo a la Superintendencia de Industria y Comercio –en adelante SIC– en relación con los proyectos de acto administrativo que puedan tener incidencia en la libre competencia.

El MME expidió el Decreto 570 de 2018 sin solicitar el concepto previo de la SIC, a pesar de que la entidad había advertido que este acto de regulación podría tener



incidencia en la libre competencia. Tampoco solicitó el concepto previo de la SIC para expedir las resoluciones n.º 40791 y n.º 40795 de 2018, debiendo hacerlo, porque ambas resoluciones tienen fundamento en el Decreto 570 de 2018. En escrito separado, solicitó la **suspensión provisional** de los actos demandados, al considerar que se reunían los requisitos del artículo 231 CPACA.

El 13 de noviembre de 2017 se **admitió la demanda** y se ordenó su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público. El MME sostuvo que había agotado el trámite de «abogacía de la competencia». Frente al Decreto 570 de 2018, el MME atendió los comentarios formulados por la SIC y, por ello, hizo las modificaciones del caso. Además de eso, la entidad respondió al cuestionario de preguntas centrales que para evaluar la incidencia en la libre competencia expidió la SIC y el resultado fue negativo. Agregó que conforme al Decreto 2897 de 2010, el presidente de la República no está obligado a agotar el concepto previo de abogacía de la competencia, cuando ejerce la potestad reglamentaria. Con todo, el Decreto 570 de 2018 no restringe la libre competencia de los actores del mercado de energía mayorista, porque es una norma de política pública. Afirmó que el concepto de regulación es diferente al de política pública. Frente a las dos resoluciones, sostuvo que no limitaban la libre competencia y por ello no debían remitirse de manera previa a la SIC.

El 27 de septiembre de 2019 se negó la suspensión provisional solicitada por la demandante, porque la Resolución n.º 10791 y n.º 40795 fueron derogadas y en ese momento ya no surtían efectos jurídicos. En relación con el Decreto 570 de 2018, los cargos alegados en la demanda ameritaban un análisis más allá de la sola confrontación de normas. El 22 de octubre de 2019, la Unidad de Planeación Minero-Energética -UPME- solicitó que se le tuviera como **coadyuvante** de la parte demandada. Sostuvo que el trámite de abogacía de la competencia no es obligatorio en todos los proyectos de acto administrativo, solo aquellos de carácter regulatorio que tengan incidencia en la libre competencia. Alegó que el MME sí observó los comentarios de la SIC al proyecto de decreto inicial y procedió a retirar del acto definitivo las disposiciones que pudieran afectar la libre competencia. En relación con las resoluciones, sostuvo que como estaban derogadas expresamente, la acción era inocua frente a ellas. El 27 de agosto de 2021, se admitió a la UPME



4
Expediente n.º 62.492
Demandante: Ivonne Adriana Díaz Cruz
Declara nulidad

como coadyuvante de la parte demandada.

El 16 de agosto de 2022, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas documentales aportadas por las partes, a efectos de dictar la **sentencia anticipada** de que trata el artículo 182A CPACA. El 20 de septiembre de 2022, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La parte demandante y la UPME reiteraron lo expuesto. El MME reiteró lo expuesto y agregó que como las resoluciones fueron derogadas, era inocuo el análisis de legalidad.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –ANDJE– alegó que los actos demandados estaban ajustados a derecho. Afirmó que el Decreto 570 de 2018 no debía agotar el trámite de «abogacía de la competencia», porque se trata de un acto administrativo que fija la política pública general para la definición del mecanismo para la contratación a largo plazo de energía eléctrica. Aunque no era necesario agotar el trámite de «abogacía de la competencia», el MME atendió las recomendaciones de la SIC y eliminó algunos artículos del proyecto inicial. En relación con la Resolución n.º 40791 señaló que no restringía la libre competencia, pues las preguntas del cuestionario de la SIC fueron resueltas de forma negativa y, por ello, no era necesario agotar el trámite de la «abogacía de la competencia». Frente a la Resolución n.º 40795 manifestó que había ausencia de objeto porque estaba derogada.

El Ministerio Público conceptuó favorable a la pretensión de nulidad, al considerar que el Decreto 570 de 2018 debía agotar el trámite de «abogacía de la competencia», porque pretendía regular la actividad económica de un servicio público esencial, mediante la configuración de nuevas fuentes de energía no convencionales. Esa decisión implicaba una extensión de la matriz energética del país y con ello la habilitación de nuevos empresarios que entrarían a competir en el mercado. El Decreto 570 de 2018 fue expedido de forma irregular, por no cumplir este requisito de formación del acto administrativo, y también incurrió en falsa motivación porque no expresó de forma clara los motivos por los cuales se apartaba de las advertencias que la SIC le hizo de oficio.

CONSIDERACIONES



I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias y litigios originados en actos sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa, según el artículo 104 CPACA. El Consejo de Estado es competente en única instancia para estudiar este asunto, de conformidad con el artículo 149.1 CPACA, según el cual conoce de las acciones de simple nulidad que se promuevan contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional.

Acción procedente

2. La acción de nulidad es el medio de control idóneo para perseguir la anulación de un acto administrativo de carácter general, por infracción de las normas en que deberían fundarse, falta de competencia, expedición irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, falsa motivación o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Como el Decreto 570 de 2018, la Resolución n.º 40791 y n.º 40795 son actos administrativos generales, el medio de control es procedente (art. 137 CPACA).

Demanda en tiempo

3. El medio de control de nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo, según el artículo 164.1.b) CPACA.

Legitimación en la causa

4. Como toda persona puede solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos, Ivonne Adriana Díaz está legitimada en la causa por activa. El MME está legitimado en la causa por pasiva, porque fue la entidad que profirió los actos administrativos demandados.

II. Actos objeto de control



5. El Decreto 570 del 23 de marzo de 2018 adicionó la sección 7 al capítulo 8 del título III del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015. El objeto del decreto es establecer los lineamientos de política pública para definir e implementar un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para los proyectos de generación de energía eléctrica y que sea complementario a los mecanismos existentes en el mercado de energía mayorista (art. 2.2.3.8.7.1). Su ámbito de aplicación son los agentes del mercado de energía mayorista (art. 2.2.3.8.7.2). Entre sus objetivos planteó, entre otros: promover la competencia y aumentar la eficiencia en la formación de precios a través de la contratación de largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica nuevos y/o existentes. Así como fortalecer la seguridad energética regional y reducir la emisión de gases de efecto invernadero (GEI) (art. 2.2.3.8.7.3). Determinó que, para la definición y establecimiento de las condiciones del mecanismo, se tendrían en cuenta, entre otros, aspectos como el esquema competitivo de asignación (art. 2.2.3.8.7.5). El decreto dispuso que la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG–establecería el esquema para trasladar los costos eficientes de compra de energía resultantes de la aplicación del mecanismo de que trata el artículo 2.2.3.8.7.1 a la tarifa de los usuarios finales, de acuerdo con el artículo 73.11 de la Ley 143 de 1994 (art. 2.2.3.8.7.6).

6. La Resolución n.º 40791 del 31 de julio de 2018 definió e implementó un mecanismo para promover la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica complementarios a los mecanismos existentes en el mercado de energía mayorista. En el capítulo I se estableció, entre otros, la integración del mecanismo al mercado de energía mayorista (art. 4). En el capítulo III se definió el mecanismo como una subasta del contrato de energía anual a largo plazo (art. 8), se dictaron obligaciones generales de vendedor y comprador (arts. 10-11), condiciones para la liquidación del contrato y su cesión (arts. 13 y 15). En el capítulo IV se establecieron las características de la subasta, su realización, convocatoria, participantes y organización (art. 16 a 20). También se regulan aspectos como la garantía de seriedad de la oferta, condiciones de competencia, proceso de adjudicación de la subasta, criterios de desempate y garantías (arts. 21 a 30). En el capítulo V, los criterios de precalificación y calificación de ofertas (arts.



31 a 39) y el capítulo VI trató las garantías (arts. 40 a 43).

7. La Resolución n.º 40795 del 1º de agosto de 2018 convocó a la primera subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica y definió los parámetros de su aplicación. Determinó que la UPME publicaría el pliego de bases y condiciones específicas de la subasta (art. 2), fijó la demanda objetivo a subastar (art. 4), asignó los ponderadores para los criterios de calificación (art. 5), estableció un puntaje mínimo de calificación (art. 6) y dispuso que el período de vigencia para los contratos de energía media anual a largo plazo que se adjudicarían en la subasta sería de 10 años.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si los actos administrativos demandados incurrieron en expedición irregular, por no agotar el trámite de abogacía de la competencia. Para ello, la Sala estudiará si la potestad reglamentaria del presidente de la República está sujeta a este trámite.

IV. Análisis de la Sala

Cuestión previa

8. Un acto administrativo en firme pierde obligatoriedad y no puede ser ejecutado si desaparecen sus fundamentos de derecho, de conformidad con el artículo 66.2 CCA, retomado por el artículo 91.2 CPACA. Sin embargo, los efectos del acto administrativo, producidos antes de la configuración de la causa de pérdida de ejecutoria, son eficaces, circunstancia que habilita a esta jurisdicción a pronunciarse sobre su legalidad².

Como la Resolución n.º 40795 de 2018 fue derogada por la Resolución n.º 41314 del 28 de diciembre de 2018 y la Resolución n.º 40791 de 2018 fue derogada por la Resolución n.º 40590 del 9 de julio de 2019, perdieron vigencia. No obstante, los

² Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de mayo de 1997, Rad. n.º. CA-004 [fundamento jurídico párr. 4].



actos administrativos demandados son susceptibles de control de legalidad mientras produjeron efectos³.

Abogacía de la competencia y su trámite

9. El artículo 333 CN protege la libertad económica, que no solo garantiza a los agentes económicos el acceso al mercado, sino que procura la protección de los usuarios, principales beneficiarios del sistema económico que ampara la Constitución. El Estado –como director general de la economía– interviene (regula y controla, en especial) el proceso económico para racionalizarlo, no solo en beneficio de la libertad económica, sino también del bien común (art. 334 CN). Intervencionismo estatal que no es sinónimo de «dirigismo» económico y que, como todo en un Estado de derecho, supone respetar la libertad –en este caso económica– y, por lo mismo, requiere una ley previa (art. 150.19 CN).

La Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– es la autoridad nacional en materia de protección de la competencia en Colombia (art. 6 Ley 1340 de 2009). Sus atribuciones se ejercen en el marco del régimen general de protección de la competencia contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

Una de las formas de protección de la libre competencia es la *abogacía de la competencia*. Conforme al artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, la SIC podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia de los mercados. Para el efecto la autoridad deberá informar a la SIC los actos administrativos que pretendan expedir. El concepto que emita la SIC no es vinculante, pero si la autoridad pretende apartarse del concepto, debe manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos. Es decir, la inobservancia del concepto de la SIC exige una motivación especial del acto administrativo.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de octubre de 2001, Rad. 6328 [fundamento jurídico IV], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Primera*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 45-48, disponible en <https://bit.ly/3xCnT8j>.



10. El Decreto 2897 de 2010, compilado por el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, al reglamentar la «abogacía de la competencia», dispuso que dentro de las autoridades que deben informar a la SIC sobre los proyectos de regulación están los ministerios.

Un acto tiene incidencia sobre la libre competencia, con independencia de su objetivo constitucional o legal, cuando (i) tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes y/o (ii) imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados (art. 3). En estos casos deberá informarse a la SIC salvo los cinco eventos exceptuados (art. 4).

La decisión sobre el envío o el reporte del proyecto de acto administrativo a la SIC es del resorte de la autoridad correspondiente, que deberá evaluar la posible incidencia del acto sobre la libre competencia con base en un cuestionario que adoptó la SIC mediante Resolución n.º 44649 de 2010 (art. 5). El trámite de la abogacía de la competencia debe observar las siguientes reglas:

(i) Cuando la respuesta al conjunto de preguntas del cuestionario sea negativa, la autoridad podrá considerar que el proyecto no genera una restricción indebida a la libre competencia y, en consecuencia, no tendrá que remitirlo a la SIC, pero si lo hace esta decidirá si se pronuncia o no (art. 6.1).

(ii) Cuando la respuesta que dé la autoridad a cualquiera de las preguntas sea afirmativa, antes de remitirlo a la SIC, la autoridad puede modificar el proyecto o considerar otras opciones de regulación (art. 6.2).

(iii) Para responder las preguntas del cuestionario y respaldar su análisis la autoridad que pretende expedir el acto realizará los estudios necesarios (art. 6.3).



(iv) Cuando la autoridad considere que el proyecto de acto administrativo pueda tener efectos sobre la libre competencia que no puedan evaluarse de acuerdo con los criterios del cuestionario de la SIC y el artículo 3 del decreto en mención, informará a la SIC sobre el proyecto e indicará cuál es la naturaleza y alcance de sus efectos (art. 6.4).

En relación con los actos administrativos con fines regulatorios que pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, existe un deber de motivación especial relativo a la expresa constancia en la parte considerativa acerca de si se consultó o no a la SIC y si esta emitió o no un concepto al respecto (art. 7). La SIC, una vez reciba un informe sobre un proyecto de acto administrativo con fines regulatorios, podrá adoptar tres conductas alternativas: (i) rendir concepto en el sentido de que el proyecto de acto carece de incidencia sobre la libre competencia; (ii) manifestar que el proyecto tiene incidencia negativa en la libre competencia, caso en el que la autoridad puede apartarse del concepto con manifestación expresa de los motivos de su decisión y (iii) abstenerse de rendir concepto, caso en el que se presume que no tiene observaciones frente al proyecto de acto (art. 9).

11. La SIC, por Resolución n.º. 44649 de 2010, adoptó el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios, al que se refiere el artículo 5 del Decreto 2897 de 2010. El cuestionario formuló tres preguntas, frente a las cuales enunció varios escenarios de posible ocurrencia. La primera pregunta es: ¿La regulación limita el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados? La segunda pregunta es: ¿La regulación limita la capacidad de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados? Y la tercera pregunta que adoptó la SIC, para la evaluación de la autoridad sobre el impacto de su regulación en la libre competencia, es: ¿La regulación implica reducir los incentivos de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados?

12. La Sala de Consulta y Servicio Civil estimó que tanto el incumplimiento del deber de informar como expedir el acto de regulación sin las motivaciones que llevaron a



la entidad a aplicar una excepción para no surtir dicho trámite o sin los motivos para apartarse del concepto de la SIC viciaría, en principio, el acto administrativo por violación de las normas en que debía fundarse y expedición irregular. Pero en todo caso las causales de nulidad frente al acto respectivo se deben estudiar y declarar por la jurisdicción contencioso administrativa⁴.

Primer cargo: expedición irregular del Decreto 570 de 2018

13. Según la demanda, el Decreto 570 de 2018 incurrió en el vicio de expedición irregular porque no agotó el trámite de «abogacía de la competencia» del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009. Sostuvo que el MME manifestó en los considerandos de este acto administrativo, que las respuestas al cuestionario de la SIC fueron negativas, pero no sustentó esas respuestas en estudios y luego desconoció las observaciones que de oficio hizo la SIC frente al proyecto normativo.

14. Según el artículo 137 CPACA, una de las causales por las cuales procede el medio de control de nulidad de los actos administrativos de carácter general es que estos se hayan expedido *en forma irregular*. Este vicio de nulidad se presenta cuando la Administración no ha observado las formas sustanciales previstas en la Ley para la formación y expedición del acto administrativo.

La ley, como garantía para los administrados, establece ciertos trámites que deben observarse en expedición de determinados actos administrativos. Esos procedimientos son de forzoso cumplimiento en la medida en que se trata de normas de orden público. Las formas son, al tiempo, garantía para los ciudadanos frente al ejercicio arbitrario de la función administrativa y deberes de la autoridad al momento de exteriorizar su voluntad. Hay simples omisiones e irregularidades que no afectan la validez de los actos administrativos. Estas no constituyen una garantía del afectado con la decisión.

15. El numeral 11 del artículo 189 CN establece que corresponde al Presidente de la República, como Suprema Autoridad Administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de julio de 2013, Rad. 2138 [fundamento jurídico 3].



necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Con apoyo en lo estatuido por esa norma, la potestad reglamentaria: (i) es una función presidencial; (ii) es una función típicamente administrativa, (iii) se ejerce no sólo mediante la expedición de decretos reglamentarios, sino también por medio de resoluciones u órdenes y (iv) tiene como cometido la cumplida ejecución de las leyes.

La potestad reglamentaria es una expresión genuina de la función administrativa, tiene origen constitucional y le compete su ejercicio al Presidente de la República con el ministro del ramo, con quien constituye Gobierno (art. 115 y 189 CN). Aunque la potestad reglamentaria está subordinada a la ley y, por ello, es limitada, se trata de una facultad propia de la administración. El reglamento es, entonces, el instrumento natural que detenta la administración para que la ley se cumpla.

El ejercicio de esta potestad dependerá del grado de desarrollo legislativo de determinada materia y de los asuntos que, implícitos en la ley, requieran de un desarrollo posterior para su correcta aplicación⁵. Por ello, el Gobierno, aún a falta de texto que lo autorice, tiene por derecho propio el poder reglamentario, el cual no puede ser limitado en el tiempo por el legislador⁶.

Esta potestad debe contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no puede extenderse más allá de su objeto⁷. Lo contrario, implica extralimitación. Pasaría de la cumplida ejecución de la ley, a modificarla o alterarla, e invadiría las competencias del legislador, al decretar normas que –en democracia– solo a este último le corresponden⁸.

Ahora, el legislador puede establecer etapas previas o requerimientos especiales para el ejercicio de la potestad reglamentaria, como sucede con el trámite de «abogacía de la competencia». Es el caso, por ejemplo, del deber de información al público del artículo 8.8 CPACA, que a juicio de la Sala de Consulta y Servicio Civil

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de octubre de 1963, Rad. 937 y 1541 [fundamento jurídico párr. 16].

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007 Rad. 24715 [fundamento jurídico 1.1] y sentencia del 27 de octubre de 2011, Rad. 30411 [fundamento jurídico 6].

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de octubre de 1963, Rad. 937 y 1541 [fundamento jurídico párr. 9].

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2008, Rad. 29.393 [fundamento jurídico 1].



es exigible a los decretos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente de la República. Los decretos reglamentarios, como actos administrativos de contenido general y abstracto, están sujetos al procedimiento previo de publicidad sin importar si están o no dirigidos a una regulación en el sentido de intervención de una actividad económica⁹. De modo que, la potestad reglamentaria puede sujetarse a requisitos o trámites previos a su ejercicio, establecidos por el legislador.

El presidente de la República y el ministro o director de departamento administrativo constituyen gobierno en cada negocio particular (art. 115 CN). Por ello, los actos del Presidente se refrendan con la firma del ministro del ramo correspondiente, quien por ese hecho «se hace responsable»¹⁰. Salvo el nombramiento y remoción de ministros y directores de departamentos administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe de Estado y de suprema autoridad administrativa, ningún acto del Presidente tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente.

Como el Gobierno lo constituye el Presidente de la República y el ministro del ramo respectivo, la potestad reglamentaria se entiende incluida en el artículo 2 del Decreto 2897 de 2010, al mencionar a los ministerios como una de las autoridades sujetas al trámite de «abogacía de la competencia». Además, los decretos reglamentarios no solo están incluidos por tratarse de actos que requieren la refrendación ministerial, sino porque por la vía de la cumplida ejecución de la ley, se pueden adoptar normas que de alguna manera incidan en la libre competencia.

No es preciso entrar a precisar qué se entiende por «proyectos de regulación estatal», ni precisar las diferencias o similitudes entre regular y reglamentar, porque el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 fijó un criterio para identificar los proyectos de actos administrativos sujetos al trámite ante la SIC. En efecto, basta con que tenga

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de septiembre de 2016, Rad. 2291. [fundamento jurídico E.2]. Posición que fue reiterada en el Concepto del 19 de febrero de 2019, Rad. 2409 y en la sentencia del 11 de abril de 2019, Rad. 52055 de la Sección Tercera, Subsección A [fundamento jurídico 4.1].

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, Rad. 35.726 [fundamento jurídico 3] y sentencia del 10 de marzo de 2011, Rad. 13.857 [fundamento jurídico 4].



una posible incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Asunto que la autoridad debe determinar para decidir si un proyecto de acto administrativo debe o no agotar el procedimiento previo de la abogacía de la competencia.

La naturaleza reglamentaria del Decreto 570 de 2018 no era, pues, una razón que releva al MME del cumplimiento del trámite de abogacía de la competencia. Estos actos deben surtir dicho trámite cuando puedan tener incidencia en la libre competencia de los mercados, en los términos del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

16. Está acreditado que, previo a la expedición del Decreto 570 de 2018, el MME publicó el proyecto en su página web para la recepción de comentarios por parte de los ciudadanos. El 7 de febrero de 2018, el superintendente delegado para la protección de la competencia de la SIC, a través del oficio 18-69285-0-0, se dirigió al ministro de Minas y Energía para manifestarle que, una vez analizado el proyecto de manera preliminar, la entidad consideraba que algunas de las preguntas contenidas en el cuestionario de «abogacía de la competencia» podrían responderse de manera afirmativa, lo que activaría la obligación de remitir el proyecto a la SIC para rendir el concepto. También le manifestó que el proyecto podría tener otros efectos en la competencia que no eran susceptibles de ser evaluados con base en el cuestionario. Le sugirió remitir el proyecto, según da cuenta copia del oficio (CD. Anexo 1.5 de la demanda, f. 41 c. ppal).

El 9 de febrero de 2018, a través de oficio 2018009724, el viceministro de Energía del MME, al responder al superintendente, le solicitó que «nos haga llegar los comentarios precisos respecto de las preguntas del cuestionario que la SIC informa podría responderse de manera afirmativa», así como el análisis que llevó a la SIC a sostener que el proyecto podría tener otros efectos en la competencia que no sean susceptibles de evaluarse con base en el cuestionario (CD. Anexo 1.6 de la demanda, f. 41 c. ppal).

El 13 de febrero de 2018, a través de oficio 18-69285-4-0, el superintendente delegado respondió que «como tuvimos oportunidad de discutirlo telefónicamente, el proyecto de decreto plantea un lineamiento de política pública que implica, de suyo, un tratamiento diferenciado para la contratación de energía a largo plazo de



proyectos de generación con fuentes no convencionales de energía renovable. Esta única circunstancia, expresada en el mismo epígrafe del proyecto de norma es sugerente de un eventual impacto en el régimen de libre competencia económica, en los términos que se proponen en el cuestionario (...) En general, cuando se trata de proyectos de regulación con potenciales efectos restrictivos de la competencia, el trámite de abogacía de la competencia se inicia una vez el regulador envía el proyecto de regulación junto con los demás documentos a los que se refieren las normas señaladas. Y solamente es allí cuando esta Superintendencia realiza el análisis de la regulación, conceptúa sobre las posibles consecuencias del acto administrativo en materia de libre competencia y realiza las correspondientes recomendaciones» (CD. Anexo 1.7 de la demanda, f. 41 c. ppal).

El 14 de marzo de 2018, el superintendente delegado para la protección de la competencia remitió al viceministro de energía un oficio en el que le señalaba de forma preliminar las disposiciones del proyecto de decreto que incidían en la libre competencia de acuerdo con el cuestionario de la Resolución n.º. 44649 de 2010. Con base en ello, le reiteró la necesidad de que el MME realizara un examen de fondo sobre la incidencia del proyecto en la libre competencia que le permitiera decidir si debía remitirlo o no a la SIC, en cumplimiento del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, según da cuenta oficio n.º. 18-69285-40 (CD. Anexo 1.8 de la demanda, f. 41 c. ppal).

El 16 de marzo siguiente, el jefe de la oficina asesora jurídica del MME le respondió al superintendente delegado que el análisis de impacto sobre la libre competencia se había hecho y dio resultado negativo y que «su preocupación referente a una posible limitación dentro del mercado, al otorgarse un derecho exclusivo a empresas dedicadas a la generación de energía con fuentes no convencionales, no tiene sustento. En la primera versión, no se encontraba una restricción a la libre competencia económica pues estaba dirigido a cualquier agente de mercado dedicado a la generación de energía; así mismo, en la segunda versión, tampoco se observa algún reproche de esta naturaleza, toda vez que, tanto en el epígrafe, como en el contenido del proyecto de decreto, se establece que los lineamientos están dirigidos a la generación de energía, en general, sin hacer ningún tipo de exclusión de fuentes convencionales», según da cuenta el oficio n.º. 2018020633



(CD. Anexo 1.9 de la demanda, f. 41 c. ppal).

El 23 de marzo de 2018 se profirió el Decreto 570 de 2018 y frente al trámite de abogacía de la competencia, en uno de sus considerandos consignó lo siguiente «Con base en lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010 reglamentario de la Ley 1340 de 2009, compilado por el Decreto 1074 de 2015, se respondió el cuestionario establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio para efectos de evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados, donde aplicando las reglas allí previstas, la respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida en que no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia».

En la memoria justificativa del proyecto de decreto se hizo mención expresa de la evaluación de la incidencia del mismo sobre la libre competencia y se respondieron las preguntas del cuestionario de forma negativa (f. 135-136 c. ppal).

El MME, en la memoria justificativa del proyecto de decreto, aplicó la metodología que adoptó la SIC mediante la Resolución n.º. 44649 de 2010 y dio respuesta a todas las preguntas de forma negativa –sin fundamentar las respuestas–. Por ello, estimó que no era necesario remitir el proyecto a dicha entidad para que surtiera el trámite de abogacía de la competencia.

17. Según el artículo 6 del Decreto 2897 de 2010, para que la autoridad que se proponga expedir un acto administrativo que pueda tener incidencia en la libre competencia debe responder el cuestionario que adoptó la SIC en la Resolución n.º 44649 de 2010. En términos generales, si todas las respuestas al cuestionario son negativas la autoridad puede considerar que su proyecto no tiene incidencia en la libre competencia y puede abstenerse de informarlo a la SIC. Pero si alguna de las respuestas es positiva, entonces la autoridad tiene la opción de modificar su proyecto o considerar otras opciones regulatorias. Si la posible incidencia en la competencia persiste se activa el trámite de «abogacía de la competencia» y se debe remitir el proyecto, junto con sus documentos de soporte, a la SIC.

Según el literal tercero de este artículo, para responder fundadamente las preguntas



del cuestionario y respaldar los análisis previstos de ese artículo, la autoridad que pretende expedir el acto realizará los estudios necesarios. Ello significa que, al absolver el cuestionario de la SIC, no basta con marcar una casilla frente a cada pregunta, sino que es necesario ofrecer un fundamento de dicha respuesta. Fundamento que debe estar contenido en los estudios que haya realizado la entidad. En otras palabras, el diligenciamiento del cuestionario de la SIC exige para la autoridad la realización de estudios técnico-económicos sobre el impacto del proyecto normativo en la libre competencia, pues las respuestas, por mandato del Decreto 2897 de 2010, deben ser fundamentadas.

El punto 7 de la memoria justificativa del proyecto del Decreto 570 de 2018 evidencia que el MME dio respuesta negativa a las preguntas del cuestionario de abogacía de la competencia y dejó en blanco las casillas de explicación y observaciones, es decir, no respondió «fundadamente» las preguntas centrales del cuestionario y tampoco dio cuenta de los estudios que realizó para dar sustento a sus respuestas, como lo exigía el artículo 6 del Decreto 2897 de 2010. Como se omitió el procedimiento descrito en el reglamento para dar respuesta al cuestionario, la consecuencia descrita por el artículo 6 del Decreto 2897 de 2010 no se configuró en debida forma, esto es, el MME no podía dar por entendido que su proyecto no tenía incidencia en la libre competencia y, por ende, su decisión de no remitir el proyecto a la SIC también quedó viciada.

A pesar de que el superintendente delegado para la protección de la competencia, en el oficio del 14 de marzo de 2018, le mencionó algunos aspectos del proyecto con posible incidencia en la libre competencia, el procedimiento previsto en la ley y el reglamento no se cumplió en sus términos y, por tanto, no puede entenderse que ese oficio satisfizo el requisito o que sea el concepto previo que debió emitir la SIC.

Según las pruebas, está acreditado el desconocimiento de estas formas sustanciales previstas en la ley para la formación de los actos administrativos. La Sala declarará la nulidad del Decreto 570 de 2018, al encontrarse configurada la causal de expedición en forma irregular del artículo 137 CPACA.

Expedición irregular de la Resolución n.º 40791 de 2018



18. Según la demanda, la Resolución n.º 40791 de 2018, proferida con fundamento en el Decreto 570 de 2018, tampoco cumplió con el requisito previo de abogacía de la competencia, a pesar de introducir cambios significativos en el mercado relevante de proyectos de generación de energía a largo plazo. Al igual que con el Decreto 570 de 2018, el MME se limitó a afirmar que todas las preguntas del cuestionario de la SIC se habían respondido de manera negativa y, por ello, el proyecto no debía consultarse a esa entidad. Este acto, en su criterio, incide en la libre competencia en la medida en que beneficia a los oferentes que presenten proyectos de energía con fuentes renovables no convencionales en detrimento de los actores de generación con las llamadas fuentes convencionales.

Al igual que con el Decreto 570 de 2018, en la memoria justificativa del proyecto de la Resolución n.º 40791 de 2015 se hizo mención expresa de la evaluación de la incidencia del mismo sobre la libre competencia y se respondieron las preguntas del cuestionario de forma negativa (CD. Anexos de la contestación).

A diferencia de la memoria justificativa del Decreto 570 de 2018, la de esta resolución, además de responder negativamente todas las preguntas del cuestionario, también se diligenciaron las columnas de explicación y observaciones. Sin embargo, al analizar lo allí consignado, no se satisfizo las exigencias del Decreto 2897 de 2010, pues no bastaba con parafrasear de forma negativa las preguntas del cuestionario. Por ejemplo, la pregunta 1A indaga si el proyecto «otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes» y el MME respondió que «el proyecto de resolución no otorga derechos exclusivos a ninguna empresa para ofrecer bienes. Cualquier empresa puede participar en el mecanismo de contratación que se define en el proyecto de resolución».

La pregunta 2F indaga si el proyecto «limita la libertad de las empresas para elegir sus procesos de producción o su forma de organización industrial» y el MME respondió que «el proyecto de resolución no limita las empresas para elegir procesos de producción, o su forma de organización industrial». A pesar de que, frente a esta misma pregunta, en la columna de observaciones, el MME admitió que el proyecto incluye disposiciones que asignan puntaje a los proyectos que presente



cualquier empresa con el fin de cumplir con los lineamientos de política establecidos en el Decreto 570 de 2018.

Lo anterior evidencia la forma irregular en la que se absolvió el cuestionario de la SIC, que vicia el acto de nulidad por la misma razón aplicable al Decreto 570 de 2018. La memoria justificativa no da cuenta de los estudios técnico-económicos de que tratan los artículos 6.3 y 8.3 del Decreto 2897 de 2010, es decir, no se respondió el cuestionado «fundadamente» como lo exigía el reglamento.

Si el Decreto 570 de 2018 estaba sujeto al mecanismo de «abogacía de la competencia», también lo estaba esta resolución que determinó reglas de mayor detalle frente a los lineamientos de política pública de la norma reglamentaria. Más aún cuando el superintendente delegado para la protección de la competencia de la SIC había manifestado, frente al Decreto 570 de 2018, que «el proyecto podría tener otros efectos en la competencia que no sean susceptibles de ser evaluados con base en el cuestionario mencionado», según da cuenta oficio 18-6928500 del 7 de febrero de 2018 (CD. Anexo 1.5 de la demanda, f. 41 c. ppal).

La Sala advierte que esta resolución fue derogada por la Resolución n.º 40590 de 2019. Frente a esta, el MME agotó el mecanismo de «abogacía de la competencia». En efecto, a través del Concepto 18-332125-0 del 21 de diciembre de 2018 (CD. Anexos de la contestación), la SIC rindió el concepto de abogacía de la competencia frente a dos proyectos de resolución. El proyecto 1 «por el cual se modifica la Resolución 40791» y el proyecto 2 «Por el cual se convoca la primera subasta de contratación de largo plazo de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación». De manera que se subsanó la omisión en que incurrió con las resoluciones demandadas.

Expedición irregular de la Resolución n.º 40795 de 2018

19. Según la demanda, esta resolución también se expidió de forma irregular por violación de la «abogacía de la competencia».

La Resolución n.º 40795 de 2018 había convocado la primera subasta de



20
Expediente n.º 62.492
Demandante: Ivonne Adriana Díaz Cruz
Declara nulidad

contratación a largo plazo, pero además definió los parámetros de su aplicación, como la obligación de la UPME de publicar el pliego de bases y condiciones, la demanda objetivo a subastar, los ponderadores para los criterios de calificación, el puntaje mínimo de calificación y el período de vigencia de los contratos.

Al igual que los actos anteriores, que le sirvieron de fundamento, la Resolución n.º 40795 tampoco agotó el mecanismo de «abogacía de la competencia». En relación con este acto, se presenta una omisión completa del requisito, pues ni siquiera hizo mención en la parte resolutive acerca del diligenciamiento del cuestionario de la SIC. La Resolución n.º. 41314 de 2018 (art. 10) derogó este acto administrativo y ese proyecto se remitió a la SIC, que rindió el Concepto de «abogacía de la competencia» n.º. 18-332125-0 del 21 de diciembre de 2018 (CD. Anexos de la contestación).

20. La Sala declarará, pues, la nulidad del Decreto 570 de 2018, de la Resolución n.º 40791 y n.º 40795 de 2018, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía, por haberse expedido de manera irregular, al omitir el requisito previo o formalidad sustancial de consulta a la SIC, sobre «abogacía de la competencia», prevista en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y el Decreto reglamentario 2897 de 2010. Como prospera el cargo por expedición irregular, no es necesario el análisis de los demás cargos de la demanda.

21. El artículo 188 CPACA prescribe que, salvo aquellos procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CPC, hoy CGP. Como el medio de control de nulidad es una acción pública en la que se ventila un interés público, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: ANÚLASE el Decreto 570 de 2018 y sus disposiciones compiladas en



21
Expediente n.º 62.492
Demandante: Ivonne Adriana Díaz Cruz
Declara nulidad

el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, por expedición irregular.

SEGUNDO: ANÚLASE la Resolución n.º. 40791 de 2018, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, por expedición irregular.

TERCERO: ANÚLASE la Resolución n.º. 40795 de 2018, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, por expedición irregular.

CUARTO: RECONÓCESE personería al doctor Camilo Andrés Tovar Perilla como apoderado de la UPME y al doctor Juan Camilo Padilla Támara como apoderado de la ANDJE, de conformidad con el artículo 75 y 77 CGP.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE