



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)

Actor: SOUTH32 ENERGY S.A.S. ESP Y OTRO

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

Temas: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – resolución por la cual se definió el mecanismo complementario de adjudicación de contratos de energía a largo plazo, bajo dos condiciones de activación / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica; debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable / ACTO REGULATORIO – la ley establece los requisitos de apariencia o formación de este tipo de actos administrativos, los cuales se deben cumplir obligatoriamente, so pena de nulidad / ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA – para la expedición de actos administrativos de contenido regulatorio, que puedan incidir sobre la libre competencia de los mercados, la Ley 1349 de 2009 estableció que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal / CONCEPTO DE LA SIC – no es vinculante, pero si la autoridad respectiva se aparta de dicho concepto, la misma deberá manifestar dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta – la argumentación para tal fin ha de ser no sólo expresa sino suficiente, esto es, basada en razones constitucionales y legales de mayor peso que determinan la necesidad de expedir la regulación al margen de las consideraciones que le han sido expuestas por la Superintendencia / FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO REGULATORIO – conlleva al vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo.

Procede la Sala resolver, en única instancia, la demanda promovida por la sociedad South32 Energy S.A.S. ESP y el ciudadano Hernán Antonio Panesso Mercado, en ejercicio del medio de control de nulidad, en contra de los artículos 11, 12 y 15 de la Resolución 40305 de 23 de septiembre de 2021, proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Mediante la Resolución 40305 de 23 de septiembre de 2021, se definió el mecanismo complementario de adjudicación de contratos de energía a largo plazo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Resolución 40179 de 2021, por la



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

cual se convocó a la tercera subasta de contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica y se definieron los parámetros de su aplicación.

Los actores interpusieron demanda de nulidad en contra de los artículos 11, 12 y 15 de la Resolución 40305, por considerar que bajo la condición de activación 2 del mecanismo complementario se transgredió: **i)** el régimen de abogacía de la competencia, por omisión en el cumplimiento de las cargas de motivación del acto regulatorio; **ii)** el principio de autonomía de la voluntad privada; **iii)** el límite en la facultad reglamentaria y **iv)** el principio de suficiencia financiera para la adjudicación de contratos bajo esa modalidad.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su admisión

El 7 de febrero de 2022¹, el señor Hernán Antonio Panesso Mercado y la sociedad South32 Energy S.A.S. ESP -*en adelante también SOEN*- interpusieron demanda de nulidad en contra de la Nación – Ministerio de Minas y Energía, con el fin de que se declare la nulidad de los artículos 11, 12 y 15 de la Resolución 40305 del 23 de septiembre de 2021, que tuvo por objeto la definición del mecanismo complementario de adjudicación de contratos de energía a largo plazo.

La normativa enjuiciada desarrolló lo concerniente a: **i)** la adjudicación bajo la condición de activación 2 del mecanismo complementario y el cálculo de la cantidad de energía a asignar a cada, comercializador inscrito en el Mercado de Energía Mayorista -MEM- en ese escenario, **ii)** la formalización y registro del contrato producto de la adjudicación del mecanismo complementario en cualquiera de las condiciones de activación -1 o 2- y **iii)** la garantía de pago de los agentes comercializadores que resulten adjudicados en el mecanismo complementario.

Como sustento de lo anterior, señaló que la compra de energía se puede llevar a cabo a través de distintos instrumentos contractuales, entre ellos la subasta de energía, y que la Resolución 40725 de 2019 creó el mecanismo complementario a la subasta, con el fin de *“asignar la diferencia positiva entre la demanda objetivo y la cantidad de energía asignada en la subasta”*. En tal decisión también se dispuso que las ofertas que no hubieran sido asignadas en la subasta *“serían asignadas a prorrata entre los participantes en el proceso competitivo”*.

¹ Índice 1 y 2, SAMAI.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Empero, adujo que con la expedición de la Resolución 40179 de 2021, por la cual se convocó a una nueva subasta de energía, el mecanismo complementario dispuesto para ese caso *-artículo 6-*, fue reglamentado mediante la Resolución 40305 de 2021, en el sentido de activar la asignación por este medio de la diferencia positiva que no se logró adjudicar en el proceso competitivo de subasta bajo 2 escenarios, a saber:

i) En la condición de activación 1 *-artículos 8 y 10-* se previó que, si la cantidad de energía adjudicada en la subasta era menor al 95% pero mayor o igual al 70% de la demanda objetivo, se permitiría presentar nuevas ofertas de compra entre los participantes de la subasta.

ii) No obstante, para la condición de activación 2 *-artículos 9 y 11-* se estableció que, si la cantidad de energía adjudicada en la subasta era menor al 70% de la demanda objetivo, la diferencia positiva entre una y otra, sería asignada a prorrata entre los comercializadores registrados en el Mercado de Energía Mayorista – MEM.

Este último escenario es el que se demanda, por estimar que obliga a todos los comercializadores registrados en el MEM a asumir una carga, *“sin importar ni en forma alguna considerar si participaron o no del mecanismo de mercado”*, es decir, si hicieron parte de la subasta, pues a diferencia de lo que ocurría en la anterior reglamentación *-Resolución 40725 de 2019-* ya no se asignaría el remanente de la energía de manera exclusiva entre los participantes del proceso competitivo, sino que también a los comercializadores registrados en el MEM, al margen de que hayan participado o no en la subasta².

Como consecuencia, los demandantes consideran indebido e ilegal que los comercializadores que decidieron no participar en la subasta se vean forzados a acatar un pliego y ser adjudicatarios de un proceso del que no fueron parte. En el mismo contexto, manifestaron que no se permite que los compradores envíen nuevas ofertas para la participación del mecanismo complementario y, por ende, el precio bajo el cual se adjudicará la energía será el máximo individual establecido por la Comisión de Regulación de Energía y GAS *-CREG-*, es decir, un precio regulado.

² Dicho argumento se reiteró en los siguientes términos (transcripción literal): *“conforme al ordenamiento jurídico colombiano los comercializadores que, como SOEN, resolvieron, tal y como era su derecho no participar en la Subasta de Contratación a Largo Plazo, no pueden verse forzados a acatar el Pliego de ese proceso, ni a ser adjudicatarios a prorrata de los resultados del mismo y mucho menos verse obligados a suscribir unos contratos de largo plazo, impuestos bajo los términos y condiciones de un Pliego que no les resulta oponible, dada la ausencia de participación en dicha Subasta”*.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

En ese orden de ideas, la parte actora concluyó que el mecanismo complementario bajo la condición de activación 2: **i)** no es voluntario; **ii)** no es de mercado; **iii)** viola los principios de la libre competencia y de suficiencia financiera; y **iv)** desconoce los reparos formulados por la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC en el concepto de abogacía de la competencia, que propendían porque el mecanismo fuera voluntario y no forzoso, entre otras cuestiones. Lo anterior se enmarca en una vulneración de las normas en que debían fundarse las disposiciones impugnadas, por expedición irregular y en un exceso de la potestad reglamentaria.

Como pruebas se aportaron únicamente documentales, consistentes en la Resolución 40305 de 2021, el concepto No 21-354743 de la SIC y la circular informativa “sin número” expedida el 20 de diciembre de 2021 por el Ministerio de Minas y Energía, sobre el “*Aplazamiento de la fecha para la firma de contratos y entrega de las garantías de compradores y vendedores asignados en la nueva subasta 2021*”.

Adicionalmente, en escrito aparte, presentó solicitud de medida cautelar de urgencia para la suspensión provisional de los artículos 12 y 15 de la resolución en cuestión, excluyendo el artículo 11, en la que, en esencia, reprodujo los mismos cargos de la demanda³, por considerar que infringieron normas superiores y que su ejecución conduciría a la suscripción forzosa de contratos⁴.

2. El 21 de febrero de 2022 se admitió la demanda por encontrar reunidos los requisitos de ley⁵, decisión que fue notificada debidamente⁶.

En la misma fecha, en providencia separada⁷, se negó la resolución de la solicitud de medida cautelar bajo las reglas del artículo 234 del CPACA y, como consecuencia, se corrió traslado de la medida cautelar de acuerdo con el artículo 233 del CPACA, actuación que también se notificó en debida forma⁸.

El 18 de marzo de 2022 se publicó el aviso a la comunidad sobre la existencia del proceso⁹.

³ En el escrito de solicitud de medidas cautelares de urgencia, la parte actora señala que “(...) la violación alegada para efectos de obtener la suspensión provisional de los artículos 12 y 15 de la Resolución 40305 de 2021, se fundamenta en la violación de las disposiciones anteriormente mencionadas, pero con el alcance y explicación que se encuentra sustentado en la demanda (...)”.

⁴ Índice 2, SAMAI.

⁵ Índice 4, SAMAI.

⁶ Índice 14, SAMAI.

⁷ Índice 5, SAMAI.

⁸ Índice 16, SAMAI.

⁹ Índice 20, SAMAI.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

3. Contestación de la demanda

3.1. El 11 de mayo de 2022¹⁰, el Ministerio de Minas y Energía -en adelante MME- contestó la demanda, escrito en el que se opuso a las pretensiones, por considerar que los artículos impugnados de la Resolución 40305 de 2021 se ajustaron a derecho. Como consecuencia, formuló las excepciones de inexistencia de: “*infracción del régimen de la competencia y del deber de motivación*”; de la “*violación de la autonomía de la voluntad*”; de una “*extralimitación en la reglamentación*”; y de “*la violación del principio de suficiencia financiera*”.

Señaló que la normativa impugnada se expidió “*para promover la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica, complementario a los mecanismos existentes en el MEM*” y que con ese objetivo se incluyó el mecanismo complementario a la subasta. Adujo que en el procedimiento SCLPE No 03-2021 la implementación del mecanismo complementario cobijó a los comercializadores, al margen de que hubieran participado o no en la subasta. También señaló que el pliego incluyó a todos los agentes del mercado mayorista, entre ellos los comercializadores de energía, quienes no son simplemente interesados sino compradores.

Precisó que la normativa impugnada fue sustentada debidamente, en tanto se expresaron con suficiencia las razones para apartarse o acoger las recomendaciones de la SIC. Sostuvo, además, que la potestad reglamentaria en este asunto no se limitó a implementar la subasta, sino que también previó el mecanismo complementario y que esta figura no resulta contraria a la autonomía de la voluntad ni a la libre competencia, pues “*en materia de servicios públicos el Estado tiene la potestad de incorporar limitaciones*”.

Arguyó que los comercializadores de energía tienen el rol de compradores y no de simples interesados, por lo que la subasta CLPE 03-2021 les era vinculante, y que la resolución contentiva de las normas demandadas se expidió en ejercicio de la potestad reglamentaria en los términos de la Constitución y la ley. Finalmente, señaló que la parte actora no sustentó por qué el mecanismo complementario constituyó una afectación financiera para los comercializadores.

¹⁰ Índice 25, SAMAI.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

El Ministerio de Minas y Energía aportó pruebas documentales, relacionadas en el acápite respectivo de la contestación de la demanda¹¹.

3.2. El 24 de mayo de 2022¹², se fijaron en lista por 3 días las excepciones formuladas por la parte demandada, los cuales corrieron desde el 25 hasta el 27 de mayo de 2022, sin que la parte actora se pronunciara sobre el particular.

4. Decisión sobre medidas cautelares

El 25 de mayo de 2022¹³ se resolvió denegar la medida cautelar solicitada por la parte actora, providencia que fue notificada mediante estado electrónico del 1º de junio de 2022¹⁴, sin que se presentara recurso alguno.

5. Trámite de sentencia anticipada

5.1. Mediante auto de 30 de septiembre de 2022¹⁵ se prescindió de la audiencia inicial con el fin de dictar sentencia anticipada, se fijó el litigio¹⁶, se decretaron las pruebas y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir el concepto respectivo.

5.2. La parte actora¹⁷ y demandada¹⁸ presentaron sus respectivos alegatos de conclusión, en los que reiteraron los argumentos formulados a lo largo del proceso.

¹¹ Ibidem. Las cuales fueron las siguientes: “**1.** Resolución No. 40305 de 2021 expedida por el MME. (11 Fls) // **2.** Pliegos de la Subasta CLPE No. 03-2021 adelantada por XM SA ESP. (44 Fls). // **3.** Adenda #1 a los Pliegos de la Subasta CLPE No. 03-2021 adelantada por XM SA ESP. (12 Fls). // **4.** Adenda #2 a los Pliegos de la Subasta CLPE No. 03-2021 adelantada por XM SA ESP. (23 Fls). // **5.** Circular Informativa del 20 de diciembre de 2021, expedida por el MME. (4 Fls). // **6.** Comentarios al Proyecto de Resolución No. 40305 de 2021 del MME. (10 Fls). // **7.** Memoria justificativa del Proyecto de Resolución No. 40305 de 2021 del MME. (18 Fls). // **8.** Concepto No. 21-354743-01-0 del 20 de septiembre de 2021, expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio. (17 Fls). // **9.** Documento CREG 101-003, expedido por la Comisión de regulación de Energía y Gas. (49 Fls). // **10.** Resolución CREG 101002 del 25 de enero de 2022, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas. (9 Fls). // **11.** Resolución No. 40590 del 9 de julio de 2019, expedida por el MME. (18 Fls). // **12.** Resolución No. 40141 del 7 de mayo de 2021, expedida por el MME. (18 Fls). // **13.** Resolución No. 40179 del 9 de junio de 2021, expedida por el MME. (5 Fls). // **14.** Documentos del proceso de Subasta CLPE No. 03-2021 publicados por XM SA ESP en el siguiente link <https://www.xm.com.co/subasta-clpe-no-03-2021> // **15.** Memoria justificativa del proyecto de resolución No. 40305 de 2021, publicada por el MME en el siguiente link <https://www.minenergia.gov.co/en/normatividad?idNorma=49057>”.

¹² Índice 26, SAMAI.

¹³ Índice 30, SAMAI.

¹⁴ Índice 35, SAMAI.

¹⁵ Índice 39, SAMAI.

¹⁶ El cual se plasmó en los siguientes términos “Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, corresponde determinar si el Ministerio de Minas y Energía incurrió o no en una infracción de la normativa invocada en la demanda y en una extralimitación de la potestad reglamentaria al expedir los artículos 11, 12 y 15 de la Resolución 40305 de 2021, en los que se estableció un mecanismo complementario de adjudicación de contratos de energía a largo plazo -condición de activación 2- en el que la asignación procede frente a los comercializadores del MEM, por vulnerar: **i)** la autonomía de la voluntad al ser forzoso, **ii)** la libre competencia en el mercado, **iii)** la suficiencia financiera y **iv)** por desconocerse las observaciones de la SIC frente al que fuera el proyecto de la resolución contentiva de las normas demandadas”.

¹⁷ Índice 44, SAMAI.

¹⁸ Índice 46, SAMAI.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

5.3. El Procurador Delegado ante el Consejo de Estado emitió concepto¹⁹, en el que solicitó que se denegara la pretensión de la demanda, al no ser procedente la declaratoria de nulidad de los artículos de la resolución expedida por el Ministerio de Minas y Energía, dado que los cargos invocados no fueron suficientes para su prosperidad y, por el contrario, atendiendo los antecedentes que sustentaron la expedición del acto enjuiciado, la jurisprudencia y la ley aplicable al caso, la normativa resulta acorde y legítimamente adoptada por la autoridad administrativa.

Resaltó que el Ministerio de Minas y Energía cumplió con la carga de motivación que le correspondía frente a cada una de las observaciones presentadas por la SIC y advirtió que los demandantes no sustentaron adecuadamente su solicitud de nulidad.

Asimismo, señaló que, en relación con la autonomía de la voluntad privada, la decisión de la Administración obedece a una necesidad de regular el mercado de los servicios públicos domiciliarios y no a una arbitrariedad, pues busca un fin constitucionalmente legítimo, como es proteger y beneficiar a los usuarios finales, y hacer una contribución al proceso de transición energética.

Indicó que atendiendo las consideraciones de la jurisprudencia constitucional establecidas mediante la sentencia C-056 de 2021, la afectación a la libertad económica de empresa de los agentes comercializadores, por cuenta del mecanismo complementario bajo la condición de activación 2, en la que la asignación de los saldos de energía no adjudicados en la subasta se daría entre todos los agentes comercializadores registrados en el MEM, *“resulta ser leve, puesto que tales contratos corresponden a un mínimo obligatorio del 10% de la totalidad de las compras de energía que aquellos realicen, lo que supone que, frente al 90% restante, conservan la posibilidad de contratar la adquisición de energía a través de contratos en bolsa y contratos bilaterales ordinarios”*.

Finalmente, observó que no hay una argumentación suficiente por parte de los demandantes para revelar que el mecanismo complementario de la condición de activación 2 constituye un riesgo financiero puntual para los comercializadores, o que dicha medida regulatoria genere fallas del mercado o influyan en su inestabilidad.

¹⁹ Índice 45, SAMAI.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como no se advierte la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado y dado que se evidencia el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia, procedencia, oportunidad y legitimación, procede la Sala a resolver de fondo la demanda formulada en el presente caso²⁰.

1. Alcance de la demanda

A partir de lo formulado por las partes, corresponde resolver si en los artículos 11, 12 y 15 de la Resolución 40305 de 2021 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, en la que se definió el mecanismo complementario de adjudicación de contratos de energía a largo plazo de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la Resolución 40179 de 2021, por la cual se convocó a la tercera subasta de contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica y se definieron los parámetros de su aplicación, se transgredió: **i)** el régimen de abogacía de la competencia, por omisión en el cumplimiento de las cargas de motivación del acto regulatorio; **ii)** el principio de autonomía de la voluntad privada; **iii)** el límite en la facultad reglamentaria; y **iv)** el principio de suficiencia financiera para la adjudicación de contratos bajo esa modalidad, lo que derivaría o no en la configuración de una nulidad por expedición irregular y/o por violación de las normas en que debían fundarse dicha regulación.

Asimismo, para dar claridad sobre el contenido de la normativa enjuiciada, esta se transcribe a continuación:

Artículo 11. Adjudicación bajo Condición de Activación 2. Una vez finalizado el proceso de adjudicación de Subasta de Contratación de Largo Plazo, y luego de determinar la energía a asignar de conformidad con el artículo 9 de la presente resolución, el Subastador calculará la cantidad de energía a asignar a cada comercializador registrado en el MEM, con la siguiente expresión:

$$EAMC_c = \frac{DPND_c}{\sum_{c \in C} DPND_c} * TEAMC$$

²⁰ Al *sub judice* le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para cuando se presentó la demanda -7 de febrero de 2022-, las cuales corresponden al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), así como las normas del Código General del Proceso (en adelante CGP) en virtud de la integración normativa prevista en el artículo 306 del primero de los estatutos mencionados. Adicionalmente, se rige por la Ley 2080 de 2021-reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)- toda vez que las actuaciones surtidas se dieron con posterioridad a su entrada en vigor el 26 de enero de 2021, salvo las disposiciones que modificaron el régimen de competencias, debido a que entraron en vigencia un año después de su publicación, pero solo para las demandas que se radicaran a partir de esa fecha y no para los procesos en curso.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Donde:

EAMC_c Cantidad de energía a asignar al comercializador *c* en el mecanismo complementario bajo Condición de Activación 2, en kWh-día.

DPND_c Es el valor mayor entre 0 y el 10% de la demanda de energía comercial promedio diaria del comercializador *c* para el año 2020, menos: i) la cantidad de energía adjudicada mediante el mecanismo convocado por la Resolución MME 4 0179 de 2021; y ii) el promedio aritmético diario de la energía de los contratos registrados ante el ASIC hasta 15 días calendario antes de la fecha de adjudicación de la Subasta de Contratación a Largo Plazo, que cumplan con el artículo 4 de la Resolución MME 4 0715 de 2019, en

TEAMC Total de energía por asignar en el mecanismo complementario, en kWh-día. Esta cantidad será el resultado de aplicar lo señalado en el literal b) del artículo 9 de esta resolución.

C Conjunto de agentes del MEM que realicen la actividad de comercialización de energía eléctrica, que, a la fecha de expedición de esta resolución, no hayan notificado ante el ASIC que se encuentran en proceso de liquidación

El total de energía por asignar en el mecanismo complementario, bajo la condición de activación 2, será distribuida a prorrata de la cantidad *EAMC* de cada comercializador, entre las ofertas de venta adjudicadas en el artículo 9 de la presente resolución.

Artículo 12. Formalización del contrato. Los valores resultantes de la adjudicación del mecanismo complementario, con independencia de la condición de activación que se cumpla, serán notificados por el Subastador y se formalizarán por las partes a través de la suscripción de la minuta del contrato definida por el Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con el artículo 13 de la Resolución MME 4 0590 de 2019 y sus modificatorias.

Dichos contratos deberán ser suscritos y registrados ante el ASIC cumpliendo con los requisitos establecidos para ello y en los tiempos definidos por el Ministerio de Minas y Energía en la minuta del contrato y por el Subastador en los Pliegos y Bases de Condiciones Específicas de la Subasta de Contratación a Largo Plazo.

Todos los agentes que resulten adjudicados en virtud del mecanismo complementario de que habla la presente resolución, deberán regirse por el mecanismo de administración centralizada de contratos y garantías dispuesto en el artículo 5 de la Resolución MME 4 0590 de 2019 y modificado por el artículo 1 de la Resolución MME 4 0678 de 2019, así como también deberán cubrir los costos que indique la entidad encargada de la administración centralizada.

(...).

Artículo 15. Garantía de pago. Los agentes comercializadores incluidos en el artículo 2 de la presente resolución que resulten adjudicados de este mecanismo complementario, entregarán una garantía de pago en los mismos términos establecidos en el artículo 35 de la Resolución MME 4 0590 de 2019 y aquellas que la modifiquen o sustituyan.

2. Caso concreto

Por motivos metodológicos, la Sala abordará el estudio de los tres primeros cargos de manera conjunta, debido a que tienen un argumento común que los une y permite



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

su análisis de manera concentrada, el cual consiste en una supuesta falta de motivación por parte del ente ministerial en la expedición del mecanismo complementario bajo la condición de activación 2, lo que contraría las normas en que debía fundarse dicha regulación. Posteriormente se estudiará lo concerniente al principio de suficiencia financiera para la adjudicación de contratos bajo esa modalidad.

2.1. Argumentos de las partes

Los **demandantes** consideran que en la expedición de la Resolución 40305 de 2021 el MME se apartó del concepto No. 21-354743 de 20 de septiembre de 2021 proferido por la SIC –*autoridad nacional de protección de la competencia*–, sin exponer motivos claros, puntuales y suficientes para justificar la activación del mecanismo complementario de adjudicación en la condición 2, lo que implicó la inobservancia de las cargas de motivación en la medida en que, tratándose de una regulación de mercado como la que es objeto de esa resolución, el referido concepto había expresado objeciones y/o recomendaciones frente a ella.

En ese sentido, afirma que se violaron, además del artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 7 de la Ley 1340 de 2009 y 2.2.2.30.9 -*numeral 2*- del Decreto 1074 de 2015, referidos a la carga de motivación en cabeza de las autoridades regulatorias, en caso de apartarse del concepto antedicho, así como el deber de identificar los motivos de esa decisión de forma expresa, clara, puntual y suficiente y, en general, atendiendo una motivación real, existente y ausente de distorsiones.

Lo anterior impacta directa y materialmente el principio de la autonomía de la voluntad de los comercializadores que decidieron no participar en la subasta de contratos de energía a largo plazo, pues la adjudicación bajo la condición de activación 2 del artículo 11 del acto demandado, establece la obligación de formalizar forzosamente la suscripción del contrato a que se refiere el artículo 12 y la constitución de la garantía de pago de aquellos del artículo 15, transgrediendo así el preámbulo y el artículo 13 de la Constitución Política, el artículo 864 del Código de Comercio y los artículos 14 y 19 de la Resolución 40590 de 2019.

Si bien el referido principio no es absoluto, tampoco lo son sus limitaciones –*al punto de que toda limitación debe satisfacer determinados requisitos*²¹–, lo que precisamente ocurre con la condición de activación 2, que cercena por completo la

²¹ Sobre el particular mencionó la sentencia C-186/11, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

garantía de la autonomía de la voluntad y restringe las libertades económicas de los comercializadores de energía eléctrica no partícipes del proceso para la subasta de contratos de energía a largo plazo.

En igual sentido, se indica que la determinación del ministerio extralimitó su facultad reglamentaria, puesto que la condición de activación 2 no es un mecanismo de mercado, debido a que, bajo la teoría económica y la regulatoria económica, la asignación de los recursos debe corresponder a la disposición a demandar y ofertar de los agentes que interactúan en dicho mercado, sin que pueda admitirse un mecanismo de asignación forzosa, lo que vulnera los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, 296 de la Ley 1955 de 2019, 2.2.3.8.7.5. del Decreto 570 de 2018, 14 y 19 de la Resolución 40590 de 2019.

En contraposición, el **Ministerio de Minas y Energía – MME** expuso que en la Resolución 40305, frente a las recomendaciones de la SIC, se consignaron argumentos dirigidos a cada uno de los planteamientos y se basaron en la racionalidad y razonabilidad de los fines que se requieren alcanzar con la regulación, tales como **i)** incentivar la participación de los agentes comercializadores del MEM en la subasta sobre el mecanismo complementario; **ii)** implementar un instrumento que permita cumplir la obligación de compra de energía de “*Fuentes No Convencionales de Energía Renovable – FNCER*” prescrita en el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, para así; **iii)** procurar alcanzar una matriz energética complementaria, resiliente y comprometida con la reducción de emisiones de carbono que beneficie el interés social, todo lo cual se dilucida claramente en cada una de las respuestas emitidas por el MME a las recomendaciones formuladas por la SIC, en la parte motiva de la Resolución No. 40305 de 2021.

Además, en el acto administrativo enjuiciado las razones de su motivación estuvieron sustentadas, no por cumplir una “*formalidad*”, ya que no fueron confusas, irreales, distorsionadas, ni ambiguas o abstractas, sino puntuales, claras, suficientes y relacionadas con la temática planteada; incluso, con la Resolución CREG 101002 del 25 de enero de 2022 se avanzó en la regulación para que los comercializadores realicen compras de energía, a través de los mecanismos acordados a la Resolución CREG 114 de 2018, para la atención de la demanda regulada. Este resultado regulatorio denota que para el momento en que el MME se pronunció sobre las recomendaciones de la SIC, efectivamente se estaban desplegando acciones interinstitucionales para impulsar el desarrollo de los mecanismos de la Resolución CREG 114.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Por ende, al valorar el contenido de la Resolución No. 40305 de 2021 y el concepto 21-354743 del 20 de septiembre de 2021 que profirió la SIC, se encontrará que no se realizó el análisis del proyecto de resolución a partir del criterio establecido en la sentencia C-056 de 2021, según el cual, la potestad reglamentaria que el legislador asignó al MME no se limitaba a implementar un mecanismo de mercado (subasta) para promover la competencia económica y/o la contratación a largo plazo, sino a diseñar el marco regulatorio que conduzca a materializar la obligación prescrita en la norma y lograr la finalidad Estatal de contribuir, a través de una matriz energética complementaria y resiliente, a la reducción de las emisiones de carbono en beneficio del interés social y la prestación eficiente del servicio público de energía eléctrica, pues la finalidad de la regulación se circunscribe en propósitos de política pública que benefician la matriz energética del país y la sostenibilidad social y ambiental.

Por consiguiente, los comercializadores de energía que no concurren a participar del proceso de Subasta CLPE No. 03-2021 no se podían catalogar como “*Interesados*”, porque su condición no se adecúa a la definición que el subastador dio a este término; sin embargo, aquellos se incluyen en la categoría de “*compradores*”, toda vez que participan en el mecanismo complementario por disposición de la regulación vigente y aplicable, resultándoles vinculantes los términos del Pliego de la Subasta CLPE No. 03-2021 para efectos implementar dicho mecanismo, en concordancia con la obligación legal del artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, por lo que “*sí podría considerarse como interesado en estricto sentido de la palabra, no solo en la subasta sino en el mecanismo complementario, a cualquier comercializador de energía por estar llamado a que sus compras de energía provengan en un 10% de FNCER*”.

2.2. De la carga de motivación del acto administrativo y, en particular, el de carácter regulatorio

Una vez establecido el panorama general de la controversia, como primer aspecto para la resolución del asunto, la Sala debe destacar la importancia que tiene, en general, **la motivación** de los actos administrativos, al instituirse sobre los principios constitucionales de legalidad -*artículos 1, 4, 6 y 123*-, debido proceso y publicidad -*artículos 29 y 209*-, los cuales garantizan que en un Estado Social de Derecho la Administración no actúe de manera arbitraria y permita el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, a efecto de que los administrados conozcan el carácter vinculante de la decisión y la controviertan, en caso de que ello proceda, evitando



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

de esta forma la configuración de actos de abuso de poder y, por contera, le corresponde a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico²².

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido de manera clara, pacífica y reiterada que²³:

La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica; debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.

Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole que determinen no sólo la expedición del mismo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que inspiraron la producción de los mismos.

Cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten en forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en el vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo.

Ahora, en lo que se refiere a la expedición de actos administrativos de contenido regulatorio, que puedan incidir sobre la libre competencia de los mercados, se encuentra que la Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictaron normas en materia de protección de la competencia, estableció la función de la abogacía de la competencia, en los siguientes términos:

Artículo 7°. <modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Abogacía de la Competencia. Además de las disposiciones consagradas en el artículo segundo del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio los

²² Al respecto se pueden consultar: Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, sentencia SU-917 de 2010 y sentencia T-204 de 2012, ambas con M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de mayo de 2015, expediente 20.196, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. En ese mismo sentido se pueden consultar: Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de mayo de 2019, expediente 40.159, C.P. María Adriana Marín, sentencia de 2 de julio de 2021, expediente 58.372, C.P. José Roberto Sáchica Méndez; Sección Cuarta, sentencia de 29 de agosto de 2019, expediente 21.695, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, sentencia de 29 de octubre de 2020, expediente 24.615 y sentencia de 5 de noviembre de 2020, expediente 22.470, ambas con C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

actos administrativos que pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se aparta de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta.

Por su parte, el Decreto 2897 de 2010 reglamentó el citado artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, el que posteriormente fue compilado por el Decreto 1074 de 2015 - artículos 2.2.2.30.7 y 2.2.2.30.9-, sobre lo cual dispuso:

Artículo. 2.2.2.30.7. Constancia de consulta en el acto administrativo. En todo acto administrativo con fines regulatorios que pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, la autoridad que lo expida deberá dejar constancia expresa en la parte considerativa acerca de si consultó a la Superintendencia de Industria y Comercio o no y si esta emitió concepto o no. (Decreto 2897 de 2010, artículo 7°).

(...)

Artículo. 2.2.2.30.9. Procedimiento para rendir concepto. Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio reciba un informe sobre un proyecto de acto administrativo con fines regulatorios, acompañado de los documentos que exige el artículo 8° del presente decreto, previo examen de esos elementos de juicio, podrá:

- 1. Rendir concepto en el sentido de que el proyecto de acto carece de incidencia sobre la libre competencia.*
- 2. Manifestar que el proyecto tiene una incidencia negativa sobre la libre competencia, caso en el cual la autoridad de regulación podrá, conforme al artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, apartarse del concepto de la Superintendencia. En ese evento, la entidad que se propone adoptarlo deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones del acto administrativo, los motivos de su decisión.*
- 3. Abstenerse de rendir concepto, caso en el cual se considerará, para todos los efectos legales, que no tiene observaciones sobre el proyecto.*

De lo anterior, conviene destacar que los conceptos previos emitidos por la SIC en función de la abogacía de la competencia cumplen labores preventivas de protección de la libre competencia, lo cual tiene por objeto que: **i)** el Estado no obstaculice las dinámicas del mercado con su actividad regulatoria y **ii)** evitar que a través de actuaciones normativas se generen externalidades o se incremente el costo social de la regulación.

Adicionalmente, dichos conceptos no interfieren en la autonomía de los reguladores, pues su objetivo no es sugerir medidas regulatorias. Por el contrario, esta facultad de la SIC se debe entender, como bien lo expresa la norma, en recomendaciones



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

que se consideran pertinentes en relación con los proyectos de regulación y, en este sentido, el regulador mantiene la decisión final de expedir el acto administrativo acogiendo o no las recomendaciones de la Superintendencia.

Sin embargo, la normativa previó, como requisito para la expedición de este tipo de regulación, que la Administración debe exponer las razones por las cuales se aparta de las recomendaciones de la SIC que, como se explicará más adelante, han de ser no solo expresas sino suficientes y cuya inobservancia puede generar su nulidad.

Revisado el material probatorio, se encuentra acreditado que el Ministerio cumplió con el trámite previo a la expedición de la Resolución 40305, en relación con el envío del proyecto regulatorio a la SIC, entidad que emitió el concepto 21-354743 del 20 de septiembre de 2021²⁴, en el que señaló recomendaciones²⁵, las cuales se transcribieron en la parte considerativa y frente a las que se pronunció en la motivación del acto.

Básicamente, sobre este último aspecto se centra la presente *litis*, dado que, para el demandante, al apartarse del concepto antedicho, al MME le asistía el deber de identificar los motivos de esa decisión de forma expresa, clara, puntual y suficiente y, en general, atendiendo una motivación real, existente y ausente de distorsiones. *A contrario sensu*, el MME estima que lo expresado no fue confuso, irreal, distorsionado, ni ambiguo o abstracto, sino puntual, claro, suficiente y relacionado con la temática planteada.

Por lo anterior, el problema jurídico se contrae a establecer si la motivación de la Resolución 40305 de 2021, en relación con el mecanismo complementario bajo la condición de activación 2, resulta acorde a los lineamientos contemplados con la normativa antes citada -Ley 1340 de 2009 y el Decreto 1074 de 2015-, la Ley 1955 de 2019 y la jurisprudencia de esta Corporación relacionada.

²⁴ Índice 2, SAMAI. En el documento “ED_PRUEBA12CONCEPTO NroActua 2” y en <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/21-354743.pdf>.

²⁵ Que fueron las siguientes (transcripción literal): “● **Establecer** en el Proyecto, que si bien en el marco del mecanismo complementario es posible presentar ofertas, dicha posibilidad es voluntaria para cada uno de los comercializadores.

“● **Abstenerse** de incluir cualquier disposición diferenciada entre los comercializadores que participan en la subasta respecto de aquellos que participan en la subasta y en el mecanismo complementario. Lo anterior, a efectos de evitar cualquier tipo de retaliación o efecto adverso tendiente a inclinar al comercializador a participar del mecanismo complementario cuando ello no obedezca a su elección de mercado.

“● **Definir** un mecanismo de asignación alternativo para la Condición de Activación 2, que genere presión competitiva entre los participantes, descartando la posibilidad de aplicar una asignación a prorrata.

“● **Incentivar** el uso de otros mecanismos establecidos en la regulación vigente a fin de dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019” (negrita original del texto).



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Sobre el tema, conviene traer a colación, *in extenso*, el pronunciamiento sobre este tema de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el que se esgrimió lo siguiente²⁶:

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la norma analizada establece una condición especial relacionada con la forma en que la autoridad regulatoria puede disentir del concepto proferido por la Superintendencia, pues aún cuando el mismo no es vinculante, se establece que para separarse de él, la autoridad respectiva “deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

Esta circunstancia comporta una obligación especial de motivación del respectivo acto administrativo regulatorio, cuya inobservancia puede generar su nulidad, como se verá más adelante. Además, resulta claro que la motivación debe constar, como dice la norma, en la parte considerativa del propio acto regulatorio.

Respecto de este deber especial de motivación, es importante señalar que, viniendo el concepto de la máxima autoridad en materia de competencia económica, lo que hace presumir la idoneidad y consistencia de sus observaciones, la argumentación de la autoridad de regulación para separarse de dicho dictamen, ha de ser no sólo expresa sino suficiente, esto es, basada en razones constitucionales y legales de mayor peso que determinan la necesidad de expedir la regulación al margen de las consideraciones que le han sido expuestas por la Superintendencia.

Por lo anterior, se descartan de entrada las fórmulas genéricas, formales o retóricas que no explican de manera clara y de fondo los motivos de mayor peso que impulsan a la autoridad de regulación para disentir de la abogacía de la competencia.

(...)

En punto a esta consulta, se tiene entonces que el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 establece que las autoridades de regulación (i) informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los actos regulatorios que pretendan expedir y puedan tener impacto en la competencia económica y (ii) motivarán de manera expresa su decisión cuando decidan separarse del concepto que llegare a emitir dicha superintendencia²⁷.

Además, como se señaló, el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010 obliga también a que el acto de regulación se motive de manera expresa cuando la autoridad regulatoria aplique alguna de las excepciones que, según dicho decreto, hacen innecesario informar del respectivo proyecto.

Es decir, las disposiciones en cita indican la forma específica en que debe expedirse el acto administrativo de regulación en lo que toca al agotamiento del procedimiento de la abogacía de la competencia y al deber de dar a conocer las

²⁶ Concepto de 4 de julio de 2013, radicación 11001-03-06-000-2013-00005-00(2138), C.P. William Zambrano Cetina.

²⁷ Original de cita “El decreto 2897 de 2010, que reglamentó el artículo 7 de la ley 1340, refuerza también estas obligaciones (Artículos 7 y 9)”.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

razones de disentimiento en el texto mismo de la regulación, más específicamente, en la parte considerativa.

En consecuencia, a la luz de lo dispuesto en los artículos 46 y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, puede concluirse que tanto el incumplimiento del deber de informar, como el hecho de expedir el acto de regulación sin las motivaciones que llevaron a la entidad a aplicar una excepción para no surtir dicho trámite o a apartarse del concepto de la Superintendencia, viciaría de nulidad la voluntad administrativa por haberse expedido de forma irregular y con violación de las normas en que deben fundarse.

Cabe recordar que sobre las formalidades sustanciales del procedimiento y las que no lo son, la jurisprudencia ha sido coherente en señalar que las primeras tienen que ver, como en este caso, con las garantías mínimas de cada actuación, cuyo incumplimiento acarrea la nulidad de la decisión administrativa²⁸. (...)

Recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró esta tesis al recordar que el legislador puede establecer requisitos para la formación de actos generales de regulación, cuyo incumplimiento acarrea su nulidad:

*“En cambio, en el ámbito de la producción de medidas regulatorias o reglamentarias, contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, normalmente el ordenamiento jurídico no hace exigencias procedimentales especiales, más allá de exigir, obviamente, que el acto sea proferido en ejercicio de las competencias legalmente atribuidas a la respectiva autoridad, **lo cual no implica, desde luego, que el legislador carezca de la facultad de establecer, cuando así lo considere necesario, procedimientos especiales para la producción de tales actos administrativos, los cuales obviamente se tornarían obligatorios en tales casos.***

Consecuentemente, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, **de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma.**²⁹ (negrilla fuera del texto).

Por tanto, la inobservancia del procedimiento de consulta que se deriva de la abogacía de la competencia en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando haya lugar a él, genera la nulidad de las respectivas decisiones administrativas de regulación.

²⁸ Original de cita “Al respecto ver las Sentencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia del 3 de septiembre de 1998, Radicado interno: 12547. Sección Segunda, sentencia del 29 de agosto de 2002, Radicado interno: 2589. Sección Cuarta, sentencia del 30 de abril de 1998, Radicado interno: 8719. Sección Quinta, sentencia del 22 de mayo de 2008, Radicado interno: 00035; entre otras”.

²⁹ Original de cita: “Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2009. Radicación interna: 27832”, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

En el contexto señalado, la carga de motivación de los actos regulatorios en los que la SIC presenta recomendaciones comporta un ejercicio argumentativo mucho más riguroso y preciso que la simple transcripción o mención de lo expresado por la autoridad de la competencia³⁰, dada la consecuencia que su inobservancia o vaguedad conlleva.

Adicionalmente, no se puede perder de vista que, en desarrollo del principio de moralidad, la función administrativa de que está investida la autoridad estatal debe ejercerse con arreglo al ordenamiento jurídico, de modo que si las disposiciones normativas indican que un acto administrativo, en este caso de carácter regulatorio, debe ser expedido indicando los motivos que fungieron de base y móvil para dictar determinada decisión, *“la Administración no puede simple y llanamente indicar el sentido de esta sin exponer de manera clara, precisa y suficiente las razones en que se sustentó, menos aun cuando en la misma se encuentra de por medio el interés general que a partir de su expedición pretende satisfacer y que en todo caso orienta el desarrollo del objeto de la entidad de donde emana”*³¹.

En el *sub lite* la parte demandante alega que el componente de suficiencia argumentativa fue desconocido por el Ministerio en la expedición de la Resolución 40305, en lo que se refiere a la condición de activación 2, dado que no se expresaron las razones para apartarse frente a las recomendaciones en materia de libre competencia económica de la SIC.

³⁰ Sobre este aspecto se puede consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto de ponente de 27 de septiembre de 2023, expediente 68.018, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

³¹ Continúa la cita *“Así mismo la observancia del principio de moralidad se encuentra íntimamente ligada al desarrollo de otros principios de rango constitucional, entre los cuales se encuentra el de publicidad, en cuanto resulta ajeno u opuesto a la adopción de decisiones ocultas, clandestinas y cuyos móviles o fundamentos para su expedición no le sean dados a conocer a los destinatarios de sus efectos. Una omisión de ese talante denota una gestión arbitraria y del todo censurable de la Administración, pues no de otra forma podría concebirse el hecho de que se adopten determinaciones llamadas a producir efectos jurídicos, sin que las mismas sean sometidas al debido escrutinio de los interesados o afectados.*

“Dicha actuación, extraña a la moralidad que debe revestir toda actividad de las entidades del Estado, a su vez resulta lesiva del principio y a la vez derecho fundamental al debido proceso en cuanto limita el libre y legítimo ejercicio del derecho de contradicción del cual es titular cualquier persona a quien se dirijan o extiendan los efectos de una decisión, pues ante el desconocimiento absoluto de su motivación no será posible oponerse válidamente a su contenido. Así, para materializar tanto el principio de publicidad como el del debido proceso todas las decisiones deben ser dadas a conocer a los interesados o los destinatarios de sus efectos de tal modo que les resulten oponibles y puedan ejercer los medios de defensa que el ordenamiento ha puesto a su disposición para controvertir el acto en caso de que les resulte adverso a sus intereses. De manera connatural, ello también entraña la necesidad de que el acto que se da a conocer no solamente se limita a indicar el sentido en que fue emitido sino las razones y fundamentos de hecho y derecho en que se cimentó” en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de febrero de 2014, expediente 28.209, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Como bien se estableció en precedencia, el Ministerio cumplió con el trámite previo a la expedición del acto acusado, en relación con el envío del proyecto regulatorio a la SIC, entidad que emitió el concepto respectivo y en el que señaló recomendaciones, las cuales se transcribieron en la parte considerativa y frente a las que se pronunció el MME.

Sin embargo, el demandante alega que más allá de lo consignado en el acápite 6 del concepto, concerniente propiamente a las recomendaciones³² que se incorporaron en el acto, no se tuvo en cuenta, en su integridad, lo expresado por la SIC en su concepto, en especial el razonamiento que condujo a las observaciones -*acápites* 5-, frente a las que debía efectuarse un pronunciamiento expreso. Por su parte, el Ministerio defiende que las razones expuestas en la resolución fueron serias, puntuales, claras y suficientes para encontrarla ajustada al ordenamiento.

Por lo anterior, para la Sala resulta importante poner de presente los términos en los cuales se planteó el análisis del proyecto de resolución adelantado por la SIC, dado que constituye la motivación de las recomendaciones del concepto (transcripción literal):

5. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

5.1. Sobre el mecanismo complementario de asignación de energía

En primer lugar, esta Superintendencia reconoce que el objetivo del Proyecto es definir un mecanismo complementario de asignación de energía eléctrica, previendo que se presente una diferencia positiva entre la Demanda Objetivo definida por el Gobierno Nacional y la cantidad de energía adjudicada en la tercera subasta de contratación de largo plazo.

Este objetivo de política es congruente con el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Dicho artículo impone la obligación a todos los comercializadores del Mercado de Energía Mayorista (MEM), a que entre el 8 y el 10% de todas sus compras de

³² Que fueron las siguientes (transcripción literal): “**6. RECOMENDACIONES**

“• **Establecer** en el Proyecto, que si bien en el marco del mecanismo complementario es posible presentar ofertas, dicha posibilidad es voluntaria para cada uno de los comercializadores.

“• **Abstenerse** de incluir cualquier disposición diferenciada entre los comercializadores que participan en la subasta respecto de aquellos que participan en la subasta y en el mecanismo complementario. Lo anterior, a efectos de evitar cualquier tipo de retaliación o efecto adverso tendiente a inclinar al comercializador a participar del mecanismo complementario cuando ello no obedezca a su elección de mercado.

“• **Definir** un mecanismo de asignación alternativo para la Condición de Activación 2, que genere presión competitiva entre los participantes, descartando la posibilidad de aplicar una asignación a prorrata.

“• **Incentivar** el uso de otros mecanismos establecidos en la regulación vigente a fin de dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019” (negrita original del texto).



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

energía procedan de FNCER³³. Al respecto, la misma ley estableció que dichas compras se efectuarían a través de contratos de largo plazo asignados en mecanismos de mercado.

Por lo anterior, entiende esta Superintendencia que es de vital importancia determinar un mecanismo de asignación de mercado, idóneo para asegurar que efectivamente se transe la cantidad de energía necesaria para el cumplimiento de la obligación de que trata el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019.

Frente a las subastas para la adjudicación de contratos de largo plazo, el BID³⁴ y Wilson (2003)³⁵ han sugerido que este tipo de mecanismos de asignación constituyen una herramienta efectiva para la consecución de precios eficientes en presencia de asimetrías de información. En particular, se ha demostrado que las subastas para contratar energía contribuyen a incrementar la inversión privada que se destina a la expansión de la capacidad de energía renovable. Lo anterior, por cuanto proporcionan estabilidad en los ingresos percibidos por las empresas generadoras que emplean este tipo de fuentes de energía, y por lo tanto, incentivan a los inversionistas a incursionar en la generación con renovables.

En particular, el mecanismo de asignación descrito en el Proyecto plantea tres escenarios plausibles. Un primer escenario, en el que no se activa el mecanismo complementario de asignación, al alcanzarse la meta de adjudicación del 95% de la Demanda Objetivo estimada. En el caso de materializarse este escenario, se entiende que la asignación es “eficiente”, por cuanto resulta de la resolución de un problema de optimización que buscará la combinación de las ofertas que maximice el beneficio del consumidor en cada bloque intradiario. Lo anterior, con sujeción al cumplimiento de la restricción de que el precio promedio ponderado de los contratos asignados en los bloques intradiarios no supere el tope máximo establecido por el Minenergía.

Por su parte, en el evento que no se logre alcanzar la meta de adjudicación del 95% de la Demanda Objetivo estimada, resulta procedente la activación del mecanismo complementario. Sobre este particular, de la redacción de la iniciativa regulatoria para esta Superintendencia no es claro, si la participación en el mecanismo complementario es obligatoria o voluntaria. Lo anterior, a diferencia de lo preceptuado para la subasta de contratos de largo plazo con FNCER, en donde claramente se dispone que la participación es voluntaria. En efecto, con base en lo preceptuado en el artículo 8 y siguientes del Proyecto, el se establece que los comercializadores que hayan presentado ofertas válidas “tendrán la oportunidad de ingresar una nueva oferta para el mecanismo complementario”. Establece el Proyecto que sobre dicha oferta se llevará a cabo la asignación para el caso de la Condición de Activación 1, no obstante, el Proyecto no especifica si la participación en sí misma es obligatoria o voluntaria.

Así las cosas, a juicio de esta Superintendencia el escenario en el cual la participación en el mecanismo complementario de asignación sea obligatoria podría representar una problemática desde la perspectiva de la libre competencia económica. La razón de esa afirmación radica en que la

³³ Original de cita “Lo anterior sin perjuicio de que este porcentaje pudiera ser superior el 10%”.

³⁴ Original de cita “https://blogs.iadb.org/energia/es/las-subastas-de-renovables-del-premio-nobel-de-economia-al-exito-de-america-latina/#_ftn1”.

³⁵ Original de cita “Wilson (2003). Architecture of Power Markets. Econometrica. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-0262.00334>”.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

adjudicación de contratos de largo plazo con FNCER de forma obligatoria podría representar una distorsión respecto de las disposiciones/capacidades de compra por parte de los comercializadores. En efecto, y a pesar de las regulaciones existentes sobre el traslado de costos de generación y comercialización de energía eléctrica sobre los usuarios, una regla como la descrita podría tener un efecto negativo en el mercado dada la falta de correspondencia entre lo que el comercializador adquiere y el resultado total del proceso de subasta tras adicionar los contratos que obligatoriamente deba suscribir en el marco del mecanismo complementario.

Es claro que el fin último que se persigue con la creación del mecanismo complementario de asignación es la promoción de la generación de energía proveniente de FNCER, a través de la suscripción contratos de compra de energía de largo plazo. No obstante, esta Superintendencia considera que, de ser coercitivo, este mecanismo dejaría de ser un vehículo idóneo para la asignación eficiente de la energía disponible para la venta, e impactaría en las capacidades de compra por parte de los comercializadores y podría generar una distorsión en el precio final con ocasión de transacciones que desde las preferencias del comercializador no estarían debidamente soportadas.

Por ello, esta Superintendencia llama la atención al hecho de que la condición ideal que podría privilegiar la libre competencia económica, y con ello la maximización de los beneficios derivados de una adecuada asignación de los contratos con FNCER, sería precisamente la voluntariedad de participar en el mecanismo complementario. Así las cosas, considera esta Superintendencia que es conveniente establecer en el Proyecto, que si bien en el marco del mecanismo complementario es posible presentar ofertas, dicha posibilidad es voluntaria para cada uno de los comercializadores. De la mano de lo anterior, y ante la posibilidad de que el comercializador determine participar en la subasta pero no en el mecanismo complementario de asignación, es preciso evitar cualquier retaliación o efecto adverso tendiente a inclinar al comercializador a participar del mecanismo complementario cuando ello no obedezca a su elección de mercado.

De lo precedente se evidencia un razonamiento de la SIC en relación con la redacción del proyecto de resolución, la cual no resultaba clara en cuanto a si la participación en el mecanismo complementario era voluntaria u obligatoria; incluso, de considerarla bajo esta última condición, se podía presentar un problema frente a la libre competencia, generando una distorsión de las “disposiciones/capacidades” de compra por parte de los comercializadores, lo que implicaría que dicho mecanismo dejaría de ser apto para una asignación eficiente de la energía disponible y, por el contrario, se debería propender por escenarios que privilegien la libre competencia y una adecuada distribución de los contratos, que “sería precisamente la voluntariedad de participar en el mecanismo complementario”.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

No se pasan por alto los argumentos del Ministerio relacionados con la expedición de la Resolución CREG 101002 del 25 de enero de 2022³⁶, de la que se menciona un avance en la regulación para que los comercializadores realicen compras de energía a través de los mecanismos acordes, a su vez, con la Resolución CREG 114 de 2018³⁷, para la atención de la demanda regulada, lo que demuestra que para el momento en que se expidió la resolución enjuiciada se estaban desplegando acciones interinstitucionales para impulsar el desarrollo de los mecanismos mencionados, lo previsto en la Resolución 40590 de 2019³⁸, así como lo consignado en la memoria justificativa del acto³⁹ y lo establecido en el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, en procura de alcanzar una matriz energética complementaria, resiliente y comprometida con la reducción de emisiones de carbono que beneficie el interés social.

Es como al contraponer lo expresado en el concepto de la SIC *-no solo en las recomendaciones sino también junto con el análisis elaborado para tal fin-*, los argumentos del Ministerio, los considerandos de la Resolución 40305 de 2012 y su parte resolutive, se encuentran *-a priori-* razones para la definición y regulación del mecanismo complementario para la tercera subasta de contratación de largo plazo de energía eléctrica, convocada mediante Resolución 40179 de 2021⁴⁰, lo cual incluye los artículos 11, 12 y 15 enjuiciados en el *sub lite*.

No obstante, en relación con la adjudicación bajo la condición de activación 2, en particular con la expresión *“registrado en el MEM”* del inciso primero del artículo 11⁴¹, la Sala no evidencia en las consideraciones⁴² de la Resolución 40305 una

³⁶ Por la cual se define la fórmula de traslado en el componente de compras de energía G del CU con el fin de incluir las compras que realicen los comercializadores en los mecanismos autorizados como resultado de la aplicación de la Resolución CREG 114 de 2018, para la atención de demanda regulada. Índice 25, SAMAI.

³⁷ Por la cual se determinan los principios y condiciones generales que deben cumplir los mecanismos para la comercialización de energía eléctrica para que sus precios sean reconocidos en el componente de costos de compras de energía al usuario regulado. Índice 25, SAMAI.

³⁸ Por la cual se define e implementa un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica complementario a los mecanismos existentes en el Mercado de Energía Mayorista en cumplimiento de los objetivos establecidos en el Decreto número 0570 de 2018. *-Modificada por la Resolución 40141 de 2021-*. Ambos actos administrativos visibles a índice 25, SAMAI.

³⁹ Índice 25, SAMAI.

⁴⁰ Índice 25, SAMAI.

⁴¹ “Artículo 11. Adjudicación bajo Condición de Activación 2. Una vez finalizado el proceso de adjudicación de Subasta de Contratación de Largo Plazo, y luego de determinar la energía a asignar de conformidad con el artículo 9 de la presente resolución, el Subastador calculará la cantidad de energía a asignar a cada comercializador **registrado en el MEM**, con la siguiente expresión: (...)” (se destaca).

⁴² Que en relación de la condición de activación 2 se expresó lo siguiente: *“Debe precisarse que la posibilidad de presentar nuevas ofertas va dirigida exclusivamente a los agentes comercializadores y bajo la Condición de Activación 1, por tanto, en caso tal de ejecutarse la Condición de Activación 2, se señala que la misma corresponde a una asignación administrada de la cantidad de energía que*



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

justificación suficiente y completa para dicha expresión, la cual resulta problemática, como bien lo puso de presente la SIC en su concepto, desde la perspectiva de la libre competencia económica, sin que, además, se evidencie una argumentación por parte del MME que exprese la razón para incluir en esa adjudicación a todos los comercializadores de energía que se encuentren registrados en el MEM, con independencia de si participaron o no en la subasta, aspecto que debió quedar consignado y suficientemente razonado en el acto.

Incluso, llama la atención que, para esa condición de activación, en los considerandos de la resolución se indicó:

Adicionalmente, las ofertas de venta que serán objeto de una eventual asignación en la Condición de Activación 2, se obtienen de las Ofertas Válidas de venta que no fueron adjudicadas o adjudicadas parcialmente en la Subasta de Contratación de Largo Plazo, las cuales han sido previamente presentadas en un mecanismo bajo condiciones de competencia, y los precios de asignación continuarán respetando los toques máximos que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

Pero en la parte resolutive se estableció lo siguiente:

*Artículo 11. Adjudicación bajo Condición de Activación 2. Una vez finalizado el proceso de adjudicación de Subasta de Contratación de Largo Plazo, y luego de determinar la energía a asignar de conformidad con el artículo 9 de la presente resolución, el Subastador calculará la cantidad de energía a asignar a cada comercializador **registrado en el MEM**, con la siguiente expresión: (...)*

El total de energía por asignar en el mecanismo complementario, bajo la condición de activación 2, será distribuida a prorrata de la cantidad EAMC de cada comercializador, entre las ofertas de venta adjudicadas en el artículo 9 de la presente resolución (se destaca).

resulte de aplicar lo dispuesto en el literal a) del artículo 9 de la presente resolución y siguiendo lo señalado en el artículo 11. En este sentido, no puede considerarse que bajo la Condición de Activación 2, existirá la presentación de una nueva oferta en los términos del artículo 845 del Decreto 410 de 1971.

(...)

“Frente al ejercicio de prorrateo que plantea la Condición de Activación 2, debe señalarse que esta práctica no es exclusiva para esta condición, sino que es usada tanto para Subasta de Contratación de Largo Plazo como para cualquier condición de activación del Mecanismo Complementario, tal como se establece en el artículo 24 de la Resolución MME 40590 de 2019, sus modificatorias y la presente resolución. Así, resulta importante aclarar que este ejercicio permite la diversificación del riesgo de contraparte y una asignación en términos de equidad.

“Adicionalmente, las ofertas de venta que serán objeto de una eventual asignación en la Condición de Activación 2, se obtienen de las Ofertas Válidas de venta que no fueron adjudicadas o adjudicadas parcialmente en la Subasta de Contratación de Largo Plazo, las cuales han sido previamente presentadas en un mecanismo bajo condiciones de competencia, y los precios de asignación continuarán respetando los toques máximos que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)”.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Lo anterior demuestra que lo anunciado no fue desarrollado en la motivación del acto, lo cual resultaba necesario e incluso obligatorio, dado el efecto que esto acarrea, en la medida en que imponía obligaciones/cargas a los comercializadores que no hubieran participado en la subasta, a saber: **i)** suscribir contratos a largo plazo por los valores resultantes de la adjudicación -*artículo 12 de la Resolución 40305 de 2021-* y **ii)** constituir una garantía de pago -*artículo 15, ibidem-*, so pena de ser sancionados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ante un incumplimiento, en los términos del artículo 81 de la Ley 142 de 1994 -*artículo 18, ibidem-*, sin que mediara justificación suficiente, expresa y previa.

Para la Subsección resulta importante enfatizar en que para la expedición de este tipo de actos administrativos regulatorios se requiere, por expresa previsión legal -*Ley 1340 de 2009 y Decreto 1074 de 2015-* y dada su incidencia en la libre competencia económica, atender rigurosamente los argumentos que expone la SIC en el concepto de abogacía de la competencia, “*lo que hace presumir la idoneidad y consistencia de sus observaciones*”⁴³, al momento de apartarse de aquellos, pues no es dable únicamente incluir en la regulación el tenor literal de las “*recomendaciones*”, sin tener en cuenta el análisis realizado para tal fin, ya que, al igual que para los actos administrativos, este comporta la parte motiva de la decisión, cuya inobservancia puede generar su nulidad.

Lo anterior no pretende de ningún modo tornar en obligatorias las recomendaciones de la SIC, pues este no fue el sentido previsto por el legislador, pero, si bien estas no son vinculantes, sí resulta obligatorio que, al momento de expedir el acto de regulación, el ente regulador deba dejar constancia expresa sobre si consultó a la SIC y si esta entidad emitió o no recomendaciones; además, ante la formulación de estas observaciones sobre la incidencia en la libre competencia económica, la entidad puede apartarse, pero “*deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta*” y, como consecuencia, la argumentación de la autoridad de regulación para separarse de dicho concepto ha de ser no solo expresa sino suficiente, basada en razones constitucionales y legales de mayor peso que determinan la necesidad de expedir la regulación, al margen de las consideraciones que le han sido expuestas por la Superintendencia.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 4 de julio de 2013, radicación número: 11001-03-06-000-2013-00005-00(2138), C.P. William Zambrano Cetina.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Por tanto, se descartan las fórmulas genéricas, formales o retóricas que no explican de manera clara y de fondo los motivos de mayor peso que impulsan a la autoridad de regulación para disentir de la abogacía de la competencia, como ocurrió en el *sub examine*.

En ese orden de ideas, la normativa y la jurisprudencia en mención han sido enfáticas en indicar el “*deber especial de motivación*” que recae en la entidad regulatoria, por lo que -se reitera- la motivación para estos actos debe ser **expresa** y **suficiente**, contrario a los argumentos del Ministerio sobre las diferentes resoluciones mencionadas y, en particular, la memoria justificativa del acto, en este tipo de asuntos no es admisible, como lo pretende hacer ver el demandado, «*la motivación previa o remitida, la que –como lo ha señalado esta Corporación– se presenta “(...) cuando la administración no se explaya en exponer los hechos, sino que remite a la actuación, a lo previo, como cuando dice: ‘Con fundamento en la prueba que obra en el folio 20 del expediente...tómese esta decisión...’”* 44»⁴⁵.

De lo analizado hasta este punto de la providencia se encuentra acreditado que en la Resolución 40305 de 2021 el Ministerio no motivó de manera expresa y suficiente la inclusión de la expresión “*registrado en el MEM*” del inciso primero del artículo 11 de la Resolución 40305 de 2021, pese a que fue un aspecto que se incluyó en el concepto de abogacía de la competencia emitido por la SIC, dado que en el proyecto de regulación “*no es claro, si la participación en el mecanismo complementario es obligatoria o voluntaria (...), de ser coercitivo este mecanismo dejaría de ser el vehículo idóneo para la asignación eficiente de la energía disponible para la venta*”, sin que en el acto se observe razonamiento alguno por parte del ente regulador para hacer extensivos los efectos de la subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica -Resolución 40179 de 2021-, a los comercializadores que decidieron no participar en ella, pero que están inscritos en el MEM, e imponerles obligaciones como la suscripción de contratos a largo plazo -artículo 12 de la Resolución 40305 de 2021-, la entrega de la garantía de pago -artículo 15, *ibidem*- y, ante un incumplimiento, exponerse a la sanción a que haya lugar por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios -artículo 18, *ibidem*-, lo que conduce a que aparezca clara la existencia de un vicio de nulidad por falta de motivación y expedición irregular.

⁴⁴ Original de cita: “*CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta. Sentencia de 21 de noviembre de 2012, rad. 25000-23-27-000-2008-00110-01*”.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 28 de octubre de 2019, expediente 40.992, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Al margen de la anterior determinación, la Sala estima necesario realizar algunas consideraciones sobre: **i)** el ejercicio de la potestad reglamentaria y de función regulatoria *stricto sensu* en materia de servicios públicos; **ii)** el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019 y las consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C-056 de 2021; y **iii)** su incidencia en la autonomía privada en un escenario de mercado regulado.

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional y la contenciosa administrativa han sido reiterativas en considerar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, los órganos adecuados para cumplir con el régimen de regulación de los servicios públicos que el legislador ha previsto⁴⁶ son las comisiones de regulación creadas por la Ley 142 de 1994, quienes son titulares de función regulatoria *stricto sensu* y deben evitar inmiscuirse o invadir el radio de competencia o ámbito de decisión de la potestad reglamentaria, so pena de que el acto mediante el cual así procedan incurra en un vicio de nulidad por incompetencia⁴⁷.

Esto justifica la existencia de una delimitación legal de las competencias regulatorias para el caso particular de las comisiones de regulación⁴⁸, que impiden que estas ejerzan otras que no les han sido atribuidas de forma expresa –*como sucede con la potestad reglamentaria*–, lo cual no necesariamente significa que, en el caso de otras entidades, puedan confluir en los actos que éstas expidan en ejercicio de potestad reglamentaria y de función regulatoria *stricto sensu*. En efecto, en el ordenamiento jurídico colombiano, dada la libre configuración normativa en materia del régimen de servicios públicos, el legislador ha admitido, por ejemplo, que los ministerios, titulares de una potestad reglamentaria “*derivada*” o de “*segundo grado*” puedan tener atribuidas también determinadas funciones regulatorias *stricto sensu*⁴⁹.

⁴⁶ No sobre mencionar en este punto que, de acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-150/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Constitución no ordena que existan comisiones de regulación de los servicios públicos, pero sí autoriza al legislador para crearlas cuando estime que este tipo de órgano es el adecuado para hacer cumplir el régimen de la regulación de los servicios públicos, lo que implica que el legislador podría también decidir suprimirlas o, por el contrario, modificar su perfil institucional y ampliar su grado de independencia.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente 20.691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar y de la Subsección A, sentencia de 2 de marzo de 2014, expediente 16.722, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁴⁸ Artículos 68 y 73 de la Ley 142 de 1994.

⁴⁹ En la sentencia C-1005/08, M.P. Humberto Porto Sierra, la Corte Constitucional señaló que el hecho de que una ley le confiera de manera directa a los ministros del despacho atribuciones para expedir regulaciones de carácter general sobre las materias contenidas en la legislación, cuando estas tengan un carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la facultad de regulación “*tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria*”.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

La circunstancia de que la jurisprudencia afirme que la regulación *stricto sensu* deba realizarse con sujeción al ordenamiento jurídico —*el que por supuesto incluye, entre otras normas, las reglamentarias*—, si bien puede resultar útil para el ejercicio de las respectivas competencias⁵⁰ cuando se encuentran atribuidas en órganos distintos, no resulta suficiente para superar la dificultad que se comenta cuando ellas confluyen en un mismo órgano, puesto que esa sujeción sugiere apenas una relación de concordancia y compatibilidad entre la regulación *stricto sensu* y dicho ordenamiento.

En ese contexto, en materia de servicios públicos, en orden a identificar casuísticamente cuándo las autoridades titulares de potestad reglamentaria y de función regulatoria *stricto sensu* —*en particular, cuando esta función materializa el ejercicio de facultades normativas*— asumen uno u otro rol, resulta importante corroborar, además de que las competencias correspondientes estén efectivamente atribuidas a la entidad que expide el acto escrutado, que el ejercicio de ellas se encuentre en consonancia con la finalidad de la reglamentación y/o de la regulación *stricto sensu*, según sea el caso.

En relación con la competencia reglamentaria de la ley, esta constituye una potestad del Presidente de la República, como jefe de la administración⁵¹; no obstante, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta fue extendida a otras autoridades y organismos administrativos diferentes al ejecutivo⁵², en virtud de la

⁵⁰ Así, por ejemplo, esa sujeción no permite asimilar que entre una decisión reglamentaria y una regulatoria *stricto sensu* exista una relación característica de las normas que desarrollan, completan o llenan los vacíos de otras de mayor jerarquía, con el objeto de hacerlas ejecutables. Es más, si bien entre las diversas facultades e instrumentos de la regulación *stricto sensu*, en la sentencia C-150/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional admite que se encuentra la facultad normativa, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador para dichos servicios, no por ello puede deducirse que esa función está concebida para hacer ejecutable ninguna norma de mayor jerarquía, propósito para el que existe precisamente la potestad reglamentaria, que persigue hacer ejecutable la Constitución y la ley, caracterizadas por su carácter abstracto e impersonal.

⁵¹ Constitución Política. “Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: // 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. //”.

⁵² Hay quienes precisan que el hecho de que, para ciertos ámbitos de regulación, el constituyente haya asignado a otros órganos constitucionales competencias para expedir reglamentos, no permite identificarlas con la potestad reglamentaria del artículo 189.11 de la Constitución Política y la naturaleza excepcional y taxativa de aquellas no alcanza para afirmar que constituyan un sistema policéntrico que difumine la potestad presidencial, que la convierta en una competencia ordinaria que se ejerza en una especie de sinergia horizontal, constante y ordinaria con los demás órganos de la Administración. Agregan que es posible que, además, otras autoridades administrativas adopten medidas de carácter general para hacer cumplir la ley, en su ámbito de competencia y nivel de subordinación propio de la organización administrativa, sin que por ello esos reglamentos tengan la misma jerarquía que los del Presidente. Concluyen advirtiendo que, en el sistema de fuentes, los actos de las demás autoridades administrativas están subordinados a los reglamentos del Presidente, posibilidad que no pluraliza el centro ni diluye la titularidad de la potestad del primer



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

atribución que, en algunas materias, hizo la Constitución Política⁵³, así como también de la atribución por vía legal⁵⁴, con ciertos condicionamientos⁵⁵.

Como segundo aspecto, en el análisis de constitucionalidad del artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, que sirvió de fundamento a la parcialmente acusada Resolución 40305 de 23 de septiembre de 2021, la Corte Constitucional⁵⁶ sostuvo que la orden de reglamentar que aquel le atribuyó al MME:

- No excluye la potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de la prestación de los servicios públicos de generación y comercialización de energía eléctrica, en los términos de los artículos 189.11 y 370 de la Constitución Política⁵⁷.
- No restringe la facultad del Presidente de la República de decidir cuáles de los ministerios deben concurrir con él a reglamentar la obligación de compra de energía.
- Habilita al jefe de la cartera del MME a ejercer la potestad reglamentaria “derivada” o de “segundo grado” de la que es titular, de acuerdo con el

mandatario. Ver aclaración de voto del magistrado Alberto Montaña Plata a la sentencia de la Subsección B de la Sección Tercera de 6 de julio de 2020, expediente 48.183, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵³ En la sentencia C-056/21, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, la Corte Constitucional indicó que, con fundamento en el artículo 208 de la Constitución Política, los ministros son titulares de una potestad reglamentaria derivada o de segundo grado, que atañe al ámbito de su respectiva especialidad, la cual es subsidiaria y residual frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. En sentido similar se puede consultar la sentencia C-917/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 2 de diciembre de 2013, expediente 41.719, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁵ En la sentencia C-810/14, M.P. Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional señaló que la atribución legal de competencias reglamentarias a otras entidades que no hacen parte del gobierno en sentido restringido debe reunir ciertas condiciones para ajustarse a la Carta, a fin de no desconocer esa atribución propia del Ejecutivo. En ese sentido, fundamentándose en la sentencia C-397/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se advirtió que es posible conferir potestades reglamentarias a órganos que no configuren gobierno en sentido restringido, siempre y cuando se trate de una potestad residual y subordinada, puesto que así se armoniza el sistema de fuentes consagrado en la Constitución Política y la responsabilidad del gobierno en este campo, con la posibilidad de contar con organismos especializados, que desarrollen de manera específica la intervención en temas complejos.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Se advierte que no obstante que en la sentencia C-056/21, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera, la Corte Constitucional aludió al artículo 370 de la Constitución Política, entre uno de los fundamentos de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con anterioridad, en la sentencia C-272/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero, el mismo Tribunal había señalado que la función del Presidente de la República contenida en esa disposición es delegable en las comisiones de regulación, delegación que consideró compatible con la regulación general de los servicios públicos prevista en la Carta.

“Constitución Política. Artículo 370. 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 los presten” (subrayado fuera del texto).



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

artículo 208 de la Constitución Política, con sujeción a la ley y los decretos reglamentarios que expida o haya expedido el Presidente de la República, en este caso, los Decretos 1073 de 2015 –*en particular, su artículo 2.2.3.6.2.2.1.1.*⁵⁸ *que compiló el artículo 4 del Decreto 3683 de 2003–* y 570 de 2018⁵⁹ que lo adicionó.

Esa potestad del MME versa sobre puntuales aspectos técnicos y operativos del mecanismo de contratación, que constituye la modalidad de cumplimiento de la obligación de compra de energía, aspectos que no están sujetos a reserva, dado que son técnicos, variables y operativos de la obligación de compra de energía eléctrica, en particular el *“inicio de la exigibilidad de la obligación y el porcentaje exacto de energía que debe ser comprado”*⁶⁰, *“el plazo de los contratos FNCER”*⁶¹ y *“el diseño de los mecanismos mediante los cuales estos se asignarán”*⁶².

En esa medida, resulta clara la competencia que le asistía al Ministerio para expedir la respectiva regulación sobre un mecanismo complementario y las condiciones de activación en la subasta de energía de contratos a largo plazo, al comportar un aspecto técnico y no sometido a reserva; sin embargo, no se puede perder de vista que, como se concluyó en precedencia, la motivación de dicho acto no resultó

⁵⁸ Disposición del decreto que facultó al MME para diseñar los *“instrumentos para el fomento y la promoción de las fuentes no convencionales de energía”*.

⁵⁹ Decreto mediante el cual, el Presidente (i) definió los objetivos del mecanismo de contratación a largo plazo; (ii) describió las características generales de dicho mecanismo; (iii) fijó las reglas generales para la determinación de la tarifa; y (iv) precisó que el MME, la CREG, la UPME, y demás entidades competentes *“(…) adoptarán las medidas necesarias para actualizar la normatividad vigente que permita, entre otros, el planeamiento, conexión, operación, y medición para la integración de los proyectos de generación de energía eléctrica que se desarrollen a partir de la aplicación del mecanismo de que trata el artículo 2.2.3.8.7.1 de la presente Sección”*.

⁶⁰ Para la Corte Constitucional la variabilidad diaria de la demanda de energía en atención a los patrones de consumo y las necesidades de energía eléctrica de los usuarios hace que sea razonable que el inicio de la exigibilidad de la obligación y el porcentaje exacto de energía (*entre 8% y 10%*) que debe ser comprado por los comercializadores sean definidos por las autoridades regulatorias, con el objeto de que estas puedan acoplar la regulación a las necesidades y realidades cambiantes del mercado de energía eléctrica. Dicho Tribunal destaca, además, que la disponibilidad de energía provenientes de fuentes no convencionales y renovables depende de factores como la evaluación de las tecnologías FNCER, las condiciones de mercado, las condiciones climáticas y de adaptabilidad, entre otros.

⁶¹ Para la Corte Constitucional la determinación del plazo está en función de variables financieras puesto que los proyectos de generación de FNCER requieren de inversiones caracterizadas por el alto costo de tecnologías de generación y la volatilidad de las fuentes de generación (*irradiación solar y viento*), lo que justifica que los plazos deban fijarse en atención a las condiciones cambiantes de acceso al crédito y la demanda de energía, de forma tal que estos proyectos alcancen su cierre financiero, permitiendo el pago de los costos de financiamiento y la obtención de un margen razonable de utilidad.

⁶² Para la Corte Constitucional el diseño de los mecanismos para la asignación de los contratos FNCER tiene como objeto fijar el conjunto de reglas de participación, las características del mecanismo, las condiciones de su realización, la convocatoria, las condiciones de competencia, los participantes y requisitos, el objeto, los toques, y las formas de asignar los contratos entre los participantes.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

suficiente y expresa para hacer extensivos los efectos de la subasta a los comercializadores que no participaron en esta.

En el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019 se estableció que:

En cumplimiento del objetivo de contar con una matriz energética complementaria, resiliente y comprometida con la reducción de emisiones de carbono, los agentes comercializadores del Mercado de Energía Mayorista estarán obligados a que entre el 8 y el 10% de sus compras de energía provengan de fuentes no convencionales de energía renovable, a través de contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca. Lo anterior, sin perjuicio de que los agentes comercializadores puedan tener un porcentaje superior al dispuesto en este artículo.

El Ministerio de Minas y Energía, o la entidad a la que este delegue, reglamentará mediante resolución el alcance de la obligación establecida en el presente artículo, así como los mecanismos de seguimiento y control, sin perjuicio de la función sancionatoria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Las condiciones de inicio y vigencia de la obligación serán definidas en dicha reglamentación.

Frente a lo cual, en la mencionada sentencia C-056 de 2021, en síntesis, la Corte Constitucional consideró que:

(...) impide que los comercializadores escojan a cuál generador de energía proveniente de FNCER comprar la energía, porque, en los mecanismos de asignación y despacho centralizado de energía, es la entidad reguladora quien, a partir de la valoración de las ofertas, determina el generador que será despachado y con base en ello asigna los contratos. De otro lado, dado que los contratos son asignados en mecanismos regulados, la norma restringe la potestad de los agentes comercializadores y generadores de (i) elegir la modalidad del contrato mediante el cual perfeccionarán las transacciones de energía, (ii) pactar el contenido de sus cláusulas y (iii) acordar el plazo de los contratos. Estos elementos, serán fijados por el regulador. Asimismo, la norma impide que los agentes pacten libremente los precios de la energía eléctrica. En efecto, en los mecanismos de 'mercado' los agentes 'no pueden fijar bilateralmente el precio, puesto que, por definición, es un mecanismo que no permite que los participantes manipulen las asignaciones. Consecuentemente, los precios resultan de la negociación anónima (y objetiva) entre oferentes y demandantes'.

(...)

(...) en efecto limita el ejercicio de la libertad de competencia, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre contratación en el MEM. Sin embargo, partir de la aplicación de un test de proporcionalidad de intensidad débil, concluyó que dichas limitaciones eran compatibles con la Constitución y se encontraban justificadas. Esto, en tanto la norma (i) persigue finalidades constitucionales legítimas y (ii) implementa un medio idóneo -sistema de cuota de compra de energía proveniente de FNCER- para alcanzarlas. La Sala Plena consideró que las afectaciones leves que, en el corto plazo, el cumplimiento de



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

la obligación de compra de energía proveniente de FNCER implica para el ejercicio de las libertades económicas de los agentes comercializadores y generadores del MEM, son compensadas ampliamente por los beneficios de mediano y largo plazo que la implementación que el sistema de cuota de compra de energía producirá para la eficiencia y competitividad del sector energético, la adaptabilidad de la matriz energética y la mitigación del cambio climático. (subrayado fuera del texto).

De lo anterior, se admite que dicho artículo efectivamente limita el ejercicio de la libertad de empresa y la libre competencia, pero al ponderar las limitaciones expuestas frente al derecho a la libre empresa en favor de las medidas de intervención económica del legislador, se determinó que la intensidad del test de proporcionalidad debía ser débil, luego de corroborar que el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, además de que atañe a la materia de los servicios públicos, en la que el legislador cuenta con unas potestades de restricción reforzada para diseñar la regulación de la dimensión económica de aquellos, constituye una norma de intervención económica que busca fomentar el desarrollo sostenible, móvil que al ser invocado por un órgano de representación política, no puede el juez constitucional entrar a cuestionar, sino limitarse a aplicar un criterio de escrutinio de inconstitucionalidad manifiesta, es decir un test de intensidad débil, lo que refuerza el alcance por el que propendió el MME en la resolución enjuiciada.

No obstante, contrario a lo afirmado por el Ministerio, para el momento en que se emitió el concepto de la SIC, ya había sido notificada la sentencia C-056 de 2021⁶³; además, su ámbito de aplicación no se desconoció por el hecho de que no se hiciera mención en el concepto, al ser proferido por una autoridad administrativa en ejercicio de su función de abogacía de la competencia y no como juez constitucional, lo que resulta inocuo para los fines de defensa pretendidos, pues se busca aplicar una motivación referida con los argumentos de la Corte, en atención a que lo expuesto no quedó consignado expresamente en los considerandos del acto⁶⁴, lo que resulta inadmisibles para este tipo de asuntos.

⁶³ La que se notificó por edicto del 1º de junio de 2021. Visible en el siguiente enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/edictos/EDICTO%20No.%20056%20-%2001%20DE%20JUNIO%20DE%202021.pdf>.

⁶⁴ Únicamente se expresó lo siguiente “Finalmente, frente a la última recomendación, es importante mencionar que el Ministerio se encuentra desplegando diferentes acciones, algunas interinstitucionales, con el fin de incentivar el desarrollo de los mecanismos de que trata la Resolución CREG 114 de 2018, que permitirán no sólo el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, si no también que generen espacios para las transacciones de energía bajo competencia y con formación de precios eficientes, de lo cual se beneficiarán no solo los agentes comercializadores si no también los usuarios finales”.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Incluso, se advierte que los supuestos del artículo 296 de la Ley 1955 de 2019 y la resolución demandada son distintos, en la medida en que en la primera normativa se establece claramente una obligación de orden legal a los comercializadores de adquirir entre el 8 y el 10% de **sus compras de energía** de “*Fuentes No Convencionales de Energía Renovable*”, pero no contempla o autoriza a que dichas compras deban ser producto de una asignación forzosa, aspecto que se controvierte en el *sub examine*, en la condición de activación 2 del mecanismo complementario, bajo el único supuesto de estar registrado en el MEM, sin que se razonara de manera suficiente dicha imposición o determinación, en evidente desatención a la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 1074 de 2015, como se analizó en precedencia.

Finalmente, en lo que respecta al cargo sobre la supuesta violación al principio de suficiencia financiera para la adjudicación de contratos bajo la condición de activación 2 del mecanismo complementario, en criterio de los demandantes se genera un riesgo debido a que los agentes de mercado que no tenían capacidad para participar voluntariamente en el proceso competitivo se verían forzados a asumir la adquisición de energía que les resulte asignada, lo que se materializaría con la suscripción de contratos a largo plazo -*artículo 12 de la Resolución 40305 de 2021*- y la entrega de la garantía de pago -*artículo 15, ibidem*-, normativas demandadas en el presente asunto, sin ningún tipo de autoanálisis del comercializador, quien es el que conoce “*el alcance de su operación, su liquidez, su capacidad de endeudamiento, su margen de utilidad y los riesgos de su operación*”, vulnerando así el artículo 87.4 de la Ley 142 de 1994.

El Ministerio señaló que no se encontraba fundamentación o prueba mínima para afirmar que los contratos adjudicados mediante la implementación del mecanismo complementario bajo la condición de activación 2, implican una afectación económica, generen fallas de mercado o inestabilidad en el mismo, teniendo “*en cuenta que la prestación de los servicios públicos es una actividad inherente a la finalidad del estado, por lo que involucra intereses y derechos de la colectividad que superan los propios del prestador*⁶⁵ y, por consiguiente, *tiene como objetivo prioritario la satisfacción del interés público, no la mera obtención de utilidades y rentabilidad por parte del agente privado*”.

Por su parte, el agente del Ministerio Público expresó que la parte actora no había comprobado “*cómo la norma realmente los afecta y en qué medida. Por ejemplo, no*

⁶⁵ Original de cita “*Corte Constitucional, sentencia C-056 de 2021*”.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

se fundamentó desde la óptica técnica y financiera cual sería el flujo de ingresos y egresos por la ejecución de los contratos a largo plazo, ni se indicaron los costos directos e indirectos, así como convenientemente se pretermitió indicar los beneficios de su materialización”.

De conformidad con lo anterior, la Sala concuerda parcialmente con el planteamiento del MME y el Ministerio Público, debido a que lo expresado por los demandantes no cuenta con la argumentación necesaria para sustentar su pretensión y tampoco aportaron ni pidieron pruebas para acreditarla, ya que más allá del análisis realizado en precedencia y que conduce a la declaratoria de nulidad de la expresión “registrado en el MEM” del inciso primero del artículo 11 de la mencionada resolución, por falta de motivación y expedición irregular, no se puede desconocer que los artículos 12 y 15 de dicho acto, resultaban aplicables bajo las dos condiciones de activación del mecanismo complementario, es decir, el *petitum* de la parte actora se debía demostrar en tal sentido que, bajo cualquiera de los escenarios de activación, la formalización de los contratos y la entrega de la garantía de pago, generaban -per se- una vulneración al principio de suficiencia financiera consagrado en el artículo 87.4 de la Ley 142 de 1994⁶⁶.

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente⁶⁷ (transcripción literal, incluidos posibles errores):

De acuerdo con esta definición, la suficiencia financiera consiste en que las fórmulas tarifarias: (i) garanticen la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; (ii) permitan remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y (iii) permitan utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios. (...).

(...)

4.5.2.3.2. El numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 indica que las fórmulas tarifarias contemplarán un factor que permitirá “remunerar el

⁶⁶ “Ley 142/94. Artículo 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

(...)

“87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios”.

⁶⁷ Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003, M.P. Manual José Cepeda Espinosa.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable”.

Esta Corporación ha sostenido que “en cabeza del Estado radica la obligación de garantizar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente, pero tal imperativo constitucional no puede llevarse hasta el extremo de afirmar que tenga que prestarlos directamente. La Constitución no establece tal compromiso, pues prevé la posibilidad de que los mismos sean prestados no sólo por el Estado sino también por comunidades organizadas o por particulares (art. 365 de la C.P.). De manera tal que todos tienen igual vocación. Precisamente, atendiendo dicho presupuesto, la Ley 142 de 1994 contempló en su artículo 10⁶⁸ el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, las cuales deben cumplir con los requisitos allí señalados. Tal previsión es un reflejo del principio de participación y de la libre actividad económica e iniciativa privada, garantizadas en el artículo 333 de la Carta, dentro de los límites del bien común”⁶⁹.

(...).

La autorización que contiene la Carta para que los particulares puedan prestar los servicios públicos en desarrollo del derecho a la iniciativa privada, supone la posibilidad de que los particulares obtengan por medio de dicha actividad los efectos que motivan tal iniciativa privada, uno de los cuales es la obtención de utilidad, siempre que ésta sea la propia de un mercado competitivo, en los términos previstos en la Constitución, y no la que se genera en condiciones ineficientes, como sucede cuando la provisión monopólica u oligopólica carece de un adecuado ejercicio de la función de regulación.

Por ello, el criterio que fija el legislador para que las respectivas comisiones de regulación determinen el factor para cuantificar la remuneración del patrimonio de los accionistas, toma como referencia la utilidad que podría obtener una empresa similar en una situación de mercado competitivo y sujeta a los riesgos propios de su actividad. Adicionalmente, la Corte observa que, de acuerdo con la definición que se analiza, la ley no indica cuáles son las tarifas ni prevé que éstas sean señaladas caso por caso por las comisiones de regulación. La ley prevé que las tarifas serán el resultado de la aplicación de las fórmulas que para el efecto fije la respectiva comisión. Así pues, las empresas sujetas al régimen de libertad regulada tienen cierto ámbito de libertad para obtener niveles de eficiencia superiores a los que contempla la fórmula –lo cual implica una mayor utilidad– aunque también se encuentran sujetas al riesgo de no alcanzar los parámetros establecidos –con lo cual se reduce la utilidad o, incluso, se genera pérdida.

(...)

⁶⁸ Original de cita “El artículo 10 de la Ley 142 de 1994 contempla: “Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley” (Nota adicionada en el proceso D-4194)”.

⁶⁹ Original de cita “Sentencia C-041 de 2003; M.P. Jaime Córdoba Triviño (En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del cobro de un costo fijo por los servicios públicos en tanto que factor tarifario. También analizó algunos de los criterios que se deben observar para la fijación de las tarifas)”.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

En este orden de ideas, si la norma dispusiera un factor de remuneración del patrimonio inferior al del mercado, la empresa privada no se vería motivada a participar de esta actividad, con lo cual la prescripción del artículo 365 de la Carta, en el sentido de que los particulares podrán ser prestar los servicios públicos, carecería de aplicación real. En sentido contrario, si la norma estipulara que un factor de remuneración del patrimonio para las empresas particulares encargadas de la prestación de los servicios públicos superior a la que tendría una empresa similar en condiciones y bajo riesgos de mercado, se estaría vulnerando el principio de eficiencia respecto de la prestación de los servicios públicos, igualmente consagrado en el artículo 365 de la Carta.

En conclusión, esta Corporación encuentra que la afirmación del actor en el sentido de que el criterio de costos conlleva a una protección de los intereses de los propietarios de las empresas prestadoras de servicios públicos en perjuicio de los derechos de los usuarios, carece de fundamento.

En ese orden de ideas, no se puede considerar que lo previsto en los artículos 12 y 15 de la Resolución 40305 de 2021 genere un riesgo que contraría lo estipulado en el artículo 87.4 de la Ley 142 de 1994, ya que, en la mencionada resolución, el artículo 16⁷⁰ previó que la CREG debía establecer el esquema para trasladar los costos de compra de energía, que resulte de la adjudicación en el mecanismo complementario de dicha resolución, a la tarifa de los usuarios finales, lo que precisamente se orienta a que las fórmulas de tarifas garanticen la recuperación de los costos y gastos propios del referido mecanismo.

Asimismo, la normativa no contempla que la suficiencia financiera se deba entender o genere una especie de “*indemnidad*” a los particulares que presten servicios públicos, como lo pretende hacer ver la parte actora, debido a que se encuentran sujetos “*al régimen de libertad regulada*” al estar desarrollando una actividad en competencia, lo que implica que, si bien tienen un margen para “*obtener niveles de eficiencia superiores a los que contempla la fórmula*”, es decir, obtener una mayor utilidad, también se exponen “*al riesgo de no alcanzar los parámetros establecidos –con lo cual se reduce la utilidad o, incluso, se genera pérdida*”.

Por lo anterior, las circunstancias alegadas por los demandantes no se demostraron en el presente asunto y, por consiguiente, se negarán los argumentos relacionados con la nulidad de los artículos 12 y 15 de la Resolución 40305 de 2021.

⁷⁰ “ARTÍCULO 16. TRASLADO A LA FÓRMULA TARIFA. La CREG establecerá el esquema para trasladar los costos de compra de energía, que resulte de la adjudicación en el mecanismo complementario definido en la presente resolución, a la tarifa de los usuarios finales, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1073 de 2015 en su artículo 2.2.3.8.7.6, adicionado por el Decreto 570 de 2018”.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

Conclusión

En atención al análisis desarrollado a lo largo de la presente providencia, la Sala declarará la nulidad de la expresión “*registrado en el MEM*” del inciso primero del artículo 11 de la Resolución 40305 de 2021, por falta de motivación y expedición irregular, por parte del Ministerio de Minas y Energía, en la medida en que desatendió al “*deber especial de motivación*”, pues no se razonó de manera expresa y suficiente dicho aparte, por expresa previsión legal -*Ley 1340 de 2009 y Decreto 1074 de 2015*-, pese a que fue un aspecto que se incluyó en el concepto de abogacía de la competencia emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Costas

Dado que en el presente asunto se ventila un interés público, consistente en el control abstracto y objetivo de la legalidad de unos artículos del acto administrativo enjuiciado, no procede la condena en costas, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, siempre y cuando no se “*establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal*” -*inciso 2, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021*-, último aspecto que no ocurrió en el *sub lite*, dado que los argumentos expuestos por los demandantes se acogieron y conllevaron a la declaratoria de nulidad parcial del acto acusado.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la expresión “*registrado en el MEM*” contenida en el artículo 11 de la Resolución 40305 de 2021, en la cual se definió el mecanismo complementario de adjudicación de contratos de energía a largo plazo de acuerdo con el artículo 6 de la Resolución 40179 de 2021, por la que se convocó a la tercera subasta de contratación a largo plazo de proyectos de generación de energía, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR la pretensión de nulidad frente a los artículos 12 y 15 de la Resolución 40305 de 2021, en cuanto a los demás cargos analizados en la parte considerativa de esta providencia.



Radicación: 11001-03-26-000-2022-00028-00 (68011)
Actor: South32 Energy S.A.S. ESP y otro
Demandado: Ministerio de Minas y Energía
Referencia: Medio de control de Nulidad

TERCERO: ARCHIVAR el proceso de la referencia, una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

