



CARLOS A

Abril
23

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SECRETARÍA**

Expediente No. 11001032600020180016400 (62492)
Actor: IVONNE ADRIANA DÍAZ CRUZ
Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
Naturaleza: NULIDAD

NOTIFICACIÓN

AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA

La suscrita Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, obrando de conformidad con los artículos 291 del Código General del Proceso y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **NOTIFICA** al **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**, ubicado en la calle 43 No. 57 - 31 CAN - Bogotá D.C, el auto de 13 de noviembre de 2018, por medio del cual se dispuso la admisión de la demanda y su traslado a la parte accionada, a fin de que proceda a contestarla, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía y/o presentar demanda de reconvención.

Para el efecto, dispondrá del término de treinta (30) días contados a partir del vencimiento de los veinticinco (25) siguientes al de entrega de esta comunicación, y se acompaña copia de la demanda, sus anexos y del auto que dispuso su admisión, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011.

Entregado en la ciudad de Bogotá, a los ___ días del mes de _____ de 2019


MARIA ISABEL FEULLET GUERRERO
Secretaria

El Notificado: _____
Dirección: _____
Teléfono: _____
Fecha: _____
Firma: _____

El Notificador: _____



45

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

Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2017)

Número interno: 62.492
Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00164-00
Demandante: Ivonne Adriana Díaz Cruz
Demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía
Asunto: Nulidad

NULIDAD-Admisión de la demanda CPACA.

Por reunir los requisitos establecidos en los artículos 162 y siguientes del CPACA, **ADMÍTESE** la demanda instaurada por Ivonne Adriana Díaz Cruz en contra de la Nación-Ministerio de Minas y Energía, en ejercicio del medio de control de nulidad. En consecuencia:

1. **NOTIFÍQUESE** personalmente a la parte demandada y al Ministerio Público y por estado a la parte demandante, de conformidad con el artículo 171 del CPACA.
2. **NOTIFÍQUESE** personalmente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la forma prevista en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP.
3. **CÓRRASE** traslado de la demanda por el término de 30 días, plazo que comenzará a correr de conformidad con el artículo 172 del CPACA y lo previsto en los artículos 199 y 200 del mismo código.
4. **INFÓRMESE** a la comunidad la existencia del proceso de la referencia a través del sitio web del Consejo de Estado, conforme a lo previsto por el numeral 5 del artículo 171 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GUILLERMO SÁNCHEZ LIQUE

Señores
PRESIDENTE Y HONORABLES CONSEJEROS
Consejo de Estado
E. S. D.

Referencia: Demanda en ejercicio del medio de control de nulidad simple, previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

IVONNE ADRIANA DIAZ CRUZ, vecina de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma, obrando en nombre propio y ejercitando la Acción Pública prevista en el Artículo 137 del CPACA, respetuosamente formulo ante ustedes la siguiente demanda en ejercicio del medio de control de nulidad simple.

I ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

1. Decreto 570 del 23 de marzo de 2018 *“Por medio del cual se adicionó el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, en lo relacionado con los lineamientos de política pública para la contratación de largo plazo de proyectos de generación con fuentes no convencionales de energía eléctrica, entre otras disposiciones”*
2. Resolución 40791 del 31 de julio de 2018 *“Por la cual se define e implementa un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para los proyectos de generación de energía complementario a los mecanismos existentes en el Mercado de Energía Mayorista”*
3. Resolución 40795 del 1 de agosto de 2018 *“Por medio de la cual convoca a la primera subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación.”*

En adelante los “Actos Administrativos Demandados” o los “Actos Demandados”

HECHOS Y OMISIONES

A. El deber de las autoridades de remitir los Actos Administrativos a la Superintendencia de Industria y Comercio para efectos de que esta rindiera el Concepto de Abogacía de la Competencia

1. La Ley 1340 de 24 de julio de 2009 *“Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”*, actualizó la normatividad en materia de protección de la competencia, incorporando en su artículo séptimo la figura preventiva denominada *“Abogacía de la Competencia”*, la cual fue radicada en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “Superintendencia” o “SIC”), en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 7o. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA. Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2o del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia

62492



de Industria y Comercio de los actos administrativos que se 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 apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta.”

2. La Ley 1340 de 2009, fue reglamentada por el Decreto 2897 de agosto 5 de 2010, norma que en su artículo 2º ordena que los Ministerios deben informar a la SIC, sobre los proyectos de acto administrativo con fines regulatorios que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, para obtener un concepto previo de su parte sobre la afectación o no al derecho constitucional a la competencia económica.

Para instrumentalizar el cumplimiento de esa obligación legal, el Decreto 2897 de 2010 también facultó a la SIC para incorporar en el ordenamiento un cuestionario con base en el cual, los entes reguladores, deben valorar la posible incidencia de la norma a expedir sobre la competencia.

“Quinto. Que de conformidad con el artículo 5º del Decreto 2897 del 5 de agosto de 2010, ‘La autoridad que se proponga expedir un acto administrativo con fines regulatorios deberá evaluar su posible incidencia sobre la libre competencia con base en el cuestionario que adoptará la Superintendencia de Industria y Comercio mediante una resolución de carácter general. Esa evaluación deberá realizarla antes de someter a consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio el proyecto de acto regulatorio. La resolución que expida la Superintendencia de Industria y Comercio establecerá las preguntas centrales que deberá formularse la autoridad que proyecta expedir un acto administrativo. Con el fin de facilitar la evaluación, las preguntas podrán complementarse con ejemplos o situaciones que sirvan para ilustrar el tipo de efectos de una regulación, perseguidos o no, que puedan restringir indebidamente la libre competencia”. (Resaltado fuera del texto original)

4. En cumplimiento del mandato reglamentario, la SIC expidió la Resolución 44649 del 26 de agosto de 2010, en la que adoptó siguiendo las instrucciones del Decreto 2897 de 2010, “las preguntas centrales”, que orientan a la entidad reguladora en la determinación preliminar de las posibles afectaciones a la competencia por parte del acto a expedir y si es del caso su consecuente remisión a la SIC para concepto previo.
5. El artículo 9 del Decreto Reglamentario 2897 de 2010, precisa que la SIC podrá, una vez reciba el informe del proyecto de acto administrativo con fines regulatorios para su concepto: (i) determinar que el proyecto no influye negativamente en la libre competencia, (ii) Manifestar que el proyecto si incide negativamente en la competencia o (iii) *“abstenerse de rendir concepto, caso en el cual se considerará, para todos los efectos legales, que no tiene observaciones sobre el proyecto”*
6. Dispone el mismo artículo 9 del Decreto 2897 de 2010, que si la SIC emite concepto indicando que el proyecto de norma sí tiene una incidencia negativa



sobre la libre competencia: "(...) 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."

7. Las normas antes citadas de protección de la competencia fueron recopiladas en el Capítulo 30 (Abogacía de la Competencia) artículos 2.2.2.30.1 a 2.2.2.30.11 del Decreto 1074 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo."

B. Incumplimiento del Ministerio de Minas y Energía de su deber de remitir el Proyecto de los Actos Administrativos al Concepto de Abogacía de la Competencia de la SIC

a. Frente al Decreto 570 del 23 de marzo de 2018

El Ministerio de Minas y Energía (en adelante "Ministerio" o "MME"), publicó para comentarios, hasta el 9 de febrero de 2018, el proyecto de acto administrativo que posteriormente dio lugar al Decreto 570 del 23 de marzo de 2018, "Por medio del cual se adicionó el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, Decreto No. 1073 de 2015, en lo relacionado con los lineamientos de política pública para la contratación de largo plazo de proyectos de generación con fuentes no convencionales de energía eléctrica, entre otras disposiciones." (Resaltado fuera del texto original).

9. Uno de los considerandos de ese Proyecto, disponía: "Con base en los establecido en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010 reglamentario de la Ley 1340 de 2009 (...), se respondió el cuestionario establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio para efectos de evaluar los efectos sobre la libre competencia de los mercados, donde aplicando las reglas allí previstas, la respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida en que no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia." (Resaltado fuera del texto original).
10. Conocido el proyecto de acto administrativo descrito en los hechos anteriores por parte de la SIC, esta Entidad, en ejercicio de su función legal de salvaguarda de las normas constitucionales de competencia económica, a través del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, el doctor Jorge Enrique Sanchez Medina, remitió al Ministerio de Minas y Energía el Oficio con Radicado 18-69285-0-0 del 7 de febrero de 2018.
11. Mediante dicho oficio, la SIC advirtió que, a su juicio y a diferencia de los expresado por el MME en los considerandos del Proyecto, algunas de las preguntas al cuestionario de Abogacía de la Competencia debían ser respondidas de manera afirmativa y, por lo tanto, el Proyecto debía ser remitido a la SIC para rendir el concepto previo de que trata el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, así:

"Una vez analizado de manera preliminar el Proyecto, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que algunos de



las preguntas contenidas en el cuestionario de Abogacía de la Competencia (...) podrían responderse de manera afirmativa, lo cual activaría la obligación de remitir a la Superintendencia de Industria y Comercio (...)". (Resaltado fuera del texto original)

12. También llamó la atención la SIC ya desde esa fecha que:

"De cualquier forma, es importante destacar que el Proyecto podría tener otros efectos en la competencia que no sean susceptibles de ser evaluados con base en el cuestionario mencionado, lo cual en todo caso debe considerarse al momento de determinar si el Proyecto debe ser remitido a esta Superintendencia."

13. En respuesta a la comunicación relacionada en el hecho anterior, el MME a través del Viceministro de Energía, doctor Alonso M. Cardona Delgado y mediante Oficio con radicado 2018009724 del 9 de febrero de 2018, dio por recibida la comunicación anterior y manifestó a la SIC que:

"Una vez sea ajustado el Proyecto, con base en los comentarios recibidos y los análisis adicionales que se desarrollen, será evaluado y ajustado finalmente si fuera el caso por el Ministerio de Minas y Energía y se procederá según lo establecido en la normatividad vigente, incluyendo lo establecido en los artículos 2.2.2.30.5 y 2.2.2.30.6 del Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015.", artículos estos que consagran y reglamentan la figura preventiva de Abogacía de la Competencia ejercida por la SIC, particularmente en cuanto a las obligaciones de evaluación que debe realizar la autoridad que proyecta expedir un acto y las reglas aplicables para informar sobre un proyecto de acto administrativo a la SIC.

14. En ese mismo oficio del 9 de febrero de 2018, con radicado 2018009724, el MME no se limitó a expresar cómo procedería según se narró en el hecho anterior, sino que, además, solicitó a la SIC que le informara de manera precisa los comentarios en los que esta se fundaba para concluir que algunas preguntas del cuestionario de la Abogacía de la Competencia se podrían responder de manera positiva.

15. De igual modo, solicitó los comentarios y análisis en los que se fundamentó la SIC para indicar en la comunicación del 7 de febrero de 2018, que el Proyecto podría tener otros efectos en la competencia que no fueran susceptibles de ser evaluados con base en el cuestionario de la Abogacía de la Competencia, como se lee en la comunicación:

"En ese sentido, solicitamos a la SIC nos haga llegar los comentarios precisos de las preguntas del Cuestionario de Abogacía de la Competencia que la SIC informa "(...) podrían responderse de manera afirmativa (...) respecto del Proyecto, y del mismo modo, solicitamos el envío de los comentarios y análisis que llevan a la SIC a determinar que el Proyecto "(...) podría tener otros efectos en la competencia que no sean susceptibles de ser evaluados con base en el cuestionario mencionado" (Negrilla fuera del texto original)



16. La respuesta a la solicitud del MME descrita en el hecho anterior, la brinda el mismo Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la SIC, inicialmente mediante Oficio con radicado 18-69285-2-0 del 13 de febrero de 2018 y posteriormente de manera ampliada y detallada mediante el Oficio 18-69285-4-0 del 14 de marzo de 2018 que da alcance al primero.

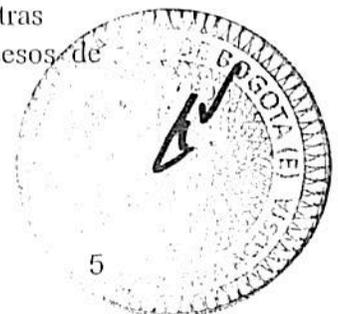
17. La respuesta contenida en las dos comunicaciones anteriormente mencionadas es completa y detallada en cuanto a los aspectos estructurales del proyecto de acto administrativo que son potencialmente lesivos de los postulados de la competencia económica en el mercado relevante de energía. A manera de ejemplo, el oficio 18-69285-4-0 del 14 de marzo de 2018 enfatiza:

“(...) desde el mismo epígrafe, el Proyecto de Decreto es sugerente de un eventual impacto en el régimen de libre competencia económica, púes se plantea un lineamiento de política pública que implica, de suyo, un tratamiento diferenciado para la contratación a largo plazo de proyectos de generación con fuentes no convencionales de energía renovable” (Negrilla fuera del texto original).

*“Al respecto le informo que, no obstante que la obligación del examen mencionado corresponde al regulador [MME], esta entidad ha hecho un análisis preliminar del Decreto de Proyecto (SIC) y, en relación con el mismo, ha contestado por usted las preguntas del cuestionario “Evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios”. Del análisis, esta entidad ha encontrado que la respuesta a muchas de las preguntas del cuestionario es **positiva**, contrario a lo manifestado en la parte considerativa del Proyecto de Decreto.”* (La negrilla hace parte del texto original).

18. Seguidamente, esta comunicación, que se anexa como prueba, hace un análisis pormenorizado de cada uno de los aspectos y criterios de las preguntas cuya respuesta, en criterio de la SIC es positiva, dada la finalidad y el contenido del proyecto de decreto. En resumen, la SIC considera que las posibles afectaciones negativas a la competencia con la expedición de la norma que se proponía el MME eran:

- i. Otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes.
- ii. Establece licencias y permisos, autorizaciones para operar o establece de cuotas de producción o de venta.
- iii. Limita la capacidad de cierto tipo de empresas para ofrecer un bien o prestar un servicio.
- iv. Controla o influye sustancialmente sobre los precios de los bienes o servicios o el nivel de producción.
- v. Otorga a los operadores actuales en el mercado un trato diferenciado con respecto a los entrantes.
- vi. Otorga trato diferenciado a unas empresas con respecto a otras
- vii. Limita la libertad de las empresas para elegir sus procesos de producción o su forma de organización industrial.



19. Mayor detalle de las razones por las cuales la SIC consideró que el Proyecto podría vulnerar los aspectos enumerados de la libre competencia de los mercados, se desarrolla en el acápite de normas y concepto de violación del presente libelo introductorio.

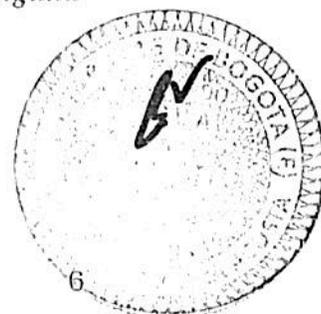
20. Finalmente, la SIC le pone de presente al MME, de manera bastante clara, las consecuencias de nulidad que acarrearía la no remisión del Proyecto para concepto previo, citando en fundamento de tal advertencia el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dictado dentro del expediente No. 2013-00005-00 (2138), Consejero Ponente William Zambrano Cetina. Oportunidad en la que el alto tribunal había sido categórico al expresar, que la omisión del trámite de Abogacía de la Competencia durante el proceso de formación del acto administrativo conlleva a la nulidad del mismo:



(i) *la abogacía de la competencia es una potestad en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio que le permite participar, a través de un concepto, en los proyectos de regulación que puedan tener incidencia en la libre competencia.*” (Negrilla fuera de texto). (ii) El carácter potestativo de la SIC radica en la facultad de emitir o no un concepto sobre el proyecto de regulación, (iii) el deber de información debe desarrollarse **previa** a la expedición del acto administrativo (iv) teniendo en cuenta los artículos 46 y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **“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”** (Negrillas fuera del texto original).

21. El MME haciendo caso omiso de las claras y reiteradas advertencias de la Superintendencia de Industria y Comercio, máxima autoridad en materia de competencia según la Ley, procedió el 23 de marzo de 2018 a expedir el Decreto número 570 de 2018 *“Por medio del cual se adicionó el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, en lo relacionado con los lineamientos de política pública para la contratación a largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica y se dictan otras disposiciones.”*

22. En las consideraciones del Decreto 570 de 2018 al igual que en el Proyecto de decreto, a pesar de las advertencias de la SIC, se sigue leyendo: *“Con base en lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010 reglamentario de la Ley 1340 de 2009, compilado por el Decreto 1074 de 2015, se respondió el cuestionario establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio para efectos de evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados, donde aplicando las reglas allí previstas, la respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida en que no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia.”* (énfasis propio).



23. Nótese cómo el MME pretendió desviar e incumplir su deber de solicitar el concepto de abogacía de la competencia por parte de la SIC, escudándose en la respuesta a las preguntas en el cuestionario de “Evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios”. Es decir, en su propio criterio sobre el particular.

24. Sin embargo, el MME parece desconocer que su obligación de remitir los proyectos de actos administrativos para que se rinda concepto de abogacía de la competencia es legal, y en la ley no se encuentra ningún cuestionario que pueda responderse negativamente para efectos de poder incumplir esta obligación.

25. En efecto, como se vio en el capítulo anterior, la ley establece que se remitirán “*aquellos proyectos normativos que puedan tener incidencia en la libre competencia*”, siendo este un amplio margen para tomar una decisión que, en lugar de apresura, debe ser meditada y estudiada.

De hecho, y en abierto desconocimiento de esta circunstancia, el Decreto 570 incorpora en el ordenamiento los elementos relevantes sobre los cuales la SIC advirtió las incidencias negativas en la libre competencia económica de los mercados, vulneración que con la expedición de la norma pasó de potencial a actual.

26. Además, era también su deber realizar estudios necesarios para contestar adecuadamente dichas preguntas, conforme lo establece el Decreto 2897 de 2010:

“ART. 6º—Reglas aplicables para informar sobre un proyecto de acto administrativo. La autoridad que se proponga expedir un acto administrativo con fines regulatorios que pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados aplicará las siguientes reglas:

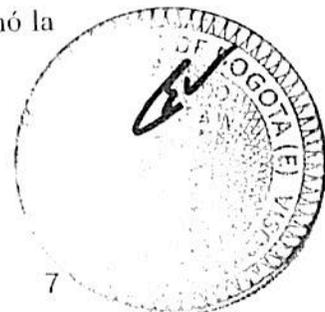
(...)

3. Para responder fundadamente las preguntas contenidas en el cuestionario y respaldar los análisis previstos en este artículo, la autoridad de regulación que pretende expedir el acto realizará los estudios necesarios.” (Subrayas fuera del texto original).

27. Sin perjuicio de ello, mediante derecho de petición se le solicitó al MME que remitiera dichos estudios que justificaban las respuestas, y el MME se limitó a remitir las memorias justificativas generales de los Actos Demandados, actuación que, evidentemente, no satisface su obligación en este sentido.

28. Esta circunstancia indica entonces que el MME también omitió su obligación de realizar los estudios correspondientes para sustentar su posición sobre la afectación de estos proyectos a la libre competencia, circunstancia que advierte el incumplimiento de los requisitos para la formación de los mismos.

29. Entre los objetivos del Decreto 570 de 2018 (Art. 2.2.3.8.7.1 del Decreto 1079 de 2015) se encuentran los elementos sobre los que justamente la SIC llamó la atención de manera reiterada:



“Artículo 2.2.3.8.7.3.-Objetivos. -El mecanismo del que trata el artículo 2.2.3.8.7.1 de la presente Sección deberá procurar el cumplimiento de los siguientes objetivos:

- i) *Fortalecer la resiliencia de la matriz de generación de energía eléctrica ante eventos de variabilidad y cambio climático a través de la diversificación del riesgo.*
- ii) *Promover la competencia y aumentar la eficiencia en la formación de precios a través de la contratación de largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica nuevos y/o existentes.*
- iii) *Mitigar los efectos de la variabilidad y cambio climático a través del aprovechamiento del potencial y la complementariedad de los recursos energéticos renovables disponibles, que permitan gestionar el riesgo de atención de la demanda futura de energía eléctrica.*
- iv) *Fomentar el desarrollo económico sostenible y fortalecer la seguridad energética regional.*
- v) *Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) del sector de generación eléctrica de acuerdo con los compromisos adquiridos por Colombia en la Cumbre Mundial de Cambio Climático en París (COP21).*” (Subrayas fuera del texto original)



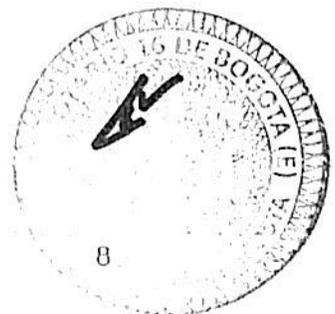
30. El MME en respuesta a las advertencias y solicitud de remisión del Proyecto de la SIC, remitió oficio con radicado 2018020633 del 16 de marzo de 2018, suscrito por el Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, doctor Juan Manuel Andrade, comunicación que fue recibida en la SIC en la misma fecha en que el MME expidió el Decreto 570, esto es el 23 de marzo de 2018. En tal comunicación reitera el MME, a pesar de los contundentes llamados de atención de la Superintendencia, que no consideraba ni veía afectaciones a la competencia ni en el proyecto inicial, ni en la nueva versión modificada por el MME.

En la misma misiva le comunicó el MME a la SIC que: “Una vez se cuente con el proyecto de resolución que defina el mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para los proyectos de energía eléctrica, se hará la correspondiente evaluación, sobre su impacto en el régimen de libre competencia económica, según las normas vigentes sobre la materia”

- 31. Nótese cómo el MME llegó a estas deliberadas conclusiones, en contra de la recomendación expresa de la Autoridad experta en la materia.
- 32. Es claro entonces que el Decreto 570 de 2018 fue expedido sin contar con el concepto previo de abogacía de la competencia, siendo que, como es igualmente claro, era obligación legal del MME solicitar dicho concepto a la SIC.

b. En cuanto a la Resolución 40791 de 2018

33. El 31 de julio de 2018 el MME expidió la Resolución 40791 “Por la cual se define e implementa un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para los proyectos de generación de energía complementario a los mecanismos existentes en el Mercado de Energía Mayorista”.



34. Este acto administrativo, que implementa el mecanismo que desarrolla las políticas viciadamente trazadas mediante el Decreto 570 de 2018, tampoco fue sometido a concepto previo de la SIC, no obstante introducir cambios significativos y disruptivos en el mercado relevante de contratación de proyectos de generación de energía a largo plazo, lo que *in limine* evidenciaba la obligación de remitir el Proyecto a la SIC para concepto previo. Al igual que en el caso del Decreto 570 de 2018, el MME se limitó a indicar en las consideraciones de la Resolución 40791 que esa misma Entidad había respondido de manera negativa todas las preguntas del cuestionario de Abogacía de la Competencia:

"Que conforme a lo señalado en el Decreto 1074 de 2015 no se informó de esta Resolución a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) por cuanto, se respondió el cuestionario establecido por dicha entidad para efectos de evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados, aplicando las reglas allí previstas, la respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida en que no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia."

35. Conforme se señaló en hechos anteriores, el MME tampoco elaboró ningún estudio que sustentara su posición en torno a su negativa de remitir el proyecto al estudio de abogacía de la competencia, sino que, simplemente, se limitó a contestar negativamente a estas preguntas.

36. En breve, la Resolución 40791, en desarrollo de los lineamientos del Decreto 570 de 2010, crea el mecanismo de asignación de contratos de energía a largo plazo por medio de la realización de subastas de sobre cerrado de dos puntas (esto es, con la participación sucedánea por un lado los vendedores ofertando vender y por otro los compradores ofertando comprar) (Art. 16 Res. 40791).

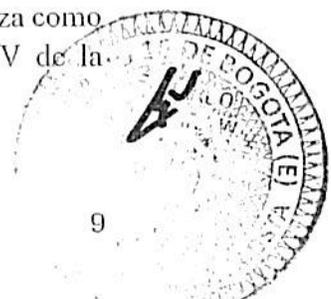
37. En este mecanismo de asignación los vendedores son personas jurídicas propietarios o representantes comerciales de proyectos de generación de energía (Art. 19 *Ibíd*em), y los compradores son agentes comercializadores de energía inscritos en el Mercado de Energía Mayorista (Art. 7 *Ibíd*em).

38. La Resolución 40791 concreta en el ordenamiento las afectaciones a la competencia económica que, por medio de lineamientos de política pública, introdujo previamente el Decreto 570 del 23 de marzo de 2018.

39. Para citar apenas unos ejemplos, el artículo 33 de la Resolución 40791 establece que los **"Criterios de Calificación de los Proyectos de Generación"** que pretenden participar en las subastas son, precisamente, para dar cumplimiento a los objetivos del Decreto 570 de 2018.

40. Lo que quiere decir que en el proceso previo de calificación de los proyectos de generación que aspiren a vender energía a largo plazo en la subasta a la que convoca la Resolución 40795, se asignará un mayor puntaje a los proyectos de generación que cumplan los objetivos trazados viciadamente en el Decreto 570 de 2018.

41. Dichos requisitos de precalificación o habilitantes, tanto por su naturaleza como por la formulación y contenido que el MME les da en el capítulo V de la



Resolución 44791, claramente benefician a los oferentes que participen con Proyectos que generen energía eléctrica con fuentes renovables no convencionales (solar, biomasa, pequeños desarrollos hidroeléctricos, geotermia, etc.), en detrimento o menoscabo de la posibilidad de participación de los proyectos de generación no catalogados como “no convencionales”.

42. No obstante el grado de materialización de afectación a la competencia económica, la Resolución 40791, tampoco fue remitida a la SIC para concepto previo, como lo ordenan las normas de Abogacía de la Competencia.

c. En cuanto a la Resolución 40795 del 2018

43. El 1 de agosto de 2018 el MME expidió la Resolución 40795, “*Por medio de la cual convoca a la primera subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación.*”

44. En las consideraciones de este acto el MME omitió por completo dar cuenta de la forma como había dado cumplimiento a las obligaciones de Abogacía de la Competencia; no aludió al diligenciamiento de cuestionario contenido en la Resolución 44649 de 2010 como lo había hecho en el caso de los dos actos administrativos anteriores y tampoco invocó ninguna excepción al deber de informar a la SIC de las contempladas en el artículo 4° del Decreto 2897 de 2010.

45. Lo mismo se evidencia en su memoria justificativa, en las cuales se omitió por completo cualquier estudio o referencia a la libre competencia.

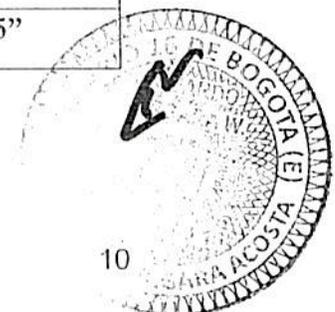
46. Esta Resolución 40795 encuentra su claro fundamento en la expedición del Decreto 570 de 2018 y la Resolución 40791, los cuales debieron someterse al concepto de abogacía de la competencia y no lo hicieron.

47. De hecho, esta última Resolución materializa el hecho de que el régimen de contratación a largo plazo de energía eléctrica, el cual pone en desventaja *in limine* a las Empresas que pretendan participar en la subasta con proyectos de generación de energía diferentes a los renovables no convencionales.

48. En efecto, en el artículo 5° de la Resolución 40795 de 2018 se incluyen “**Ponderaciones aplicables a los Criterios de Calificación**”, así:

“Los ponderadores que se asignarán a los criterios de calificación para la subasta de que trata la presente Resolución, serán los siguientes:

Criterios de calificación	
Criterio de resiliencia	0.25
Criterio de complementariedad de los recursos*	0.25
Criterio de seguridad energética regional	0.25
Criterio de reducción de emisiones	0.25”



*La complementariedad de los recursos alude a la inclusión de aquellas energías renovables no convencionales definidas en la el artículo 5° de la Ley 1715 de 2015, a saber: “la biomasa, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la eólica, la geotérmica, la solar y los mares, (...)”

49. Lo que, como se dijo, significa que indefectiblemente los proyectos de generación de energía renovables no convencionales gozarán de un mayor puntaje en el estadio de calificación que es previo a la subasta, en detrimento de los proyectos de generación no clasificados como no convencionales.

50. En vista de esta circunstancia, esta resolución también debe ser declarada nula por falsa motivación e infracción de normas, en tanto que se expidió sin la observancia plena de las normas de abogacía de la competencia que debían regir para esta nueva regulación que el MEE decidió expedir.

El 6 de Septiembre de 2018, la UPME con fundamento en la delegación del artículo 3° de la Resolución 40791 y en cumplimiento de lo ordenado por los artículos 2° y 3° de la Resolución 40795, expidió la Circular Externa número 028-2018, mediante la cual fijó como fecha de realización de la subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica, el día 2 de enero de 2019.

Con base en los anteriores hechos es que presento a su despacho, con todo respeto las siguientes

II PETICIONES

PRIMERA: Respetuosamente solicito que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos expedidos por el Ministerio de Minas y Energía:

1. El Decreto 570 del 23 de marzo de 2018 “*Por medio del cual se adicionó el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, en lo relacionado con los lineamientos de política pública para la contratación de largo plazo de proyectos de generación con fuentes no convencionales de energía eléctrica, entre otras disposiciones*”
2. La Resolución 40791 del 31 de julio de 2018 “*Por la cual se define e implementa un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para los proyectos de generación de energía complementario a los mecanismos existentes en el Mercado de Energía Mayorista*”
3. La Resolución 40795 del 1 de agosto de 2018 “*Por medio de la cual convoca a la primera subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación.*”

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación-Ministerio de Minas y Energía a pagar las costas y agencias en derecho que se causen por razón del presente proceso.



III FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Normas que consagran constitucional y legalmente la libre competencia económica en los mercados y de manera particular en el mercado relevante de energía eléctrica.

a) Artículo 13 de la Constitución Política, según el cual el Estado garantizará que la igualdad sea real y efectiva.

b) Artículo 333 de la Constitución Política Colombiana establece que *“la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*.

c) Artículos 333 y 334 de la Constitución Política, indican que el Estado, por mandato legal, impedirá cualquier acto tendiente a obstruir o restringir la libertad económica.

d) Artículo 365 de la Constitución Política, define que los servicios públicos son inherentes al Estado y que éste mantendrá su regulación, control y vigilancia.

e) Para el caso del servicio público de energía eléctrica la Ley 143 de 1994 especialmente:

Artículo 3º: Que dispone que es obligación del Estado, entre otras las de: (i) promover la libre competencia en las actividades del sector y (ii) impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado.

Artículo 7: que se establece que: *“(...) En las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, (...)”*

Artículo 16, funciones del UPME.

f) Ley 142 de 1994 especialmente:

Artículo 73 de la Ley 142 de 1994 le asigna a la Comisión de Regulación la facultad de promover la competencia entre los agentes prestadores de servicios públicos.

Artículo 74.1, que asigna como competencia de la Comisión de Energía y Gas *“Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas para (...) propiciar la competencia en el sector de minas y energía”* y a su vez, propiciar la libre competencia en el mercado (...).”



2. Normas que consagran el trámite administrativo de control previo denominado "Abogacía de la Competencia"

- g) La Ley 1340 de 24 de julio de 2009, especialmente su artículo 7° en cuenta consagra el trámite previo de control Abogacía de la Competencia.
- h) Decreto 2897 de 2010 (reglamentario de la Ley 1340 de 2009) todos sus artículos.
- i) Resolución 44649 del 26 de agosto de 2010, expedida por la SIC, todos sus artículos.
- j) Capítulo 30 del Decreto 1074 de 2015 (Abogacía de la Competencia) artículos 2.2.2.30.1 a 2.2.2.30.11. Decreto único reglamentario del sector Comercio, que compila las normas de competencia antes citadas.

Otras.

- k) Decreto 2158 de 2013, funciones de la UPME.

IV CONCEPTO DE VIOLACIÓN

1. Anotación Preliminar: No agotamiento del trámite administrativo de Abogacía de la Competencia.

1.1 No agotamiento del trámite de Abogacía de la Competencia.

La Administración en cabeza del MME, no agotó integralmente el procedimiento contemplado en el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y en el Artículo 6° del Decreto 2897 de 2010 (Recogido en el artículo 2.2.2.30.6 el Decreto único Reglamentario del Sector Comercio Industria y Turismo, 1074 de 2015), por las razones que se pasan a explicar:

1.1.1 Abogacía de la Competencia como obligación Legal

El procedimiento administrativo obligatorio previo a la expedición de un acto administrativo regulatorio, denominado Abogacía de la Competencia, está consagrado en el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 y su trámite reglamentado en el Decreto 2897 de 2010; el mismo impone la obligación a las autoridades de remitir para concepto previo de la SIC sobre eventuales violación a la competencia económica en los proyectos de actos administrativos regulatorios, como hemos visto.

Consagración legal del trámite, Ley 1340 de 2010.

"Artículo 7°. Abogacía de la Competencia. Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informaran a la superintendencia de



industria y comercio de los actos administrativos que se 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 apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta. (Resaltado fuera del texto original).

El procedimiento contenido en el Decreto 2897 de 2010:

El artículo 1º del Decreto fija como objeto de la norma: (i) establecer las autoridades que deben informar a la SIC sobre los proyectos de actos administrativos con fines regulatorios y (ii) fijar las reglas aplicables para que la SIC pueda rendir concepto de las posibles afectaciones a la libre competencia.

"Artículo 1º. Objeto. El presente decreto establece las autoridades que deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo que se propongan expedir con fines de regulación, así como las reglas aplicables para que esta entidad pueda rendir concepto previo acerca de la potencial incidencia de la regulación sobre la libre competencia económica en los mercados, de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009."

El artículo 2º, incluye entre las autoridades que deben informar de los proyectos con fines regulatorios a la SIC, a los Ministerios.

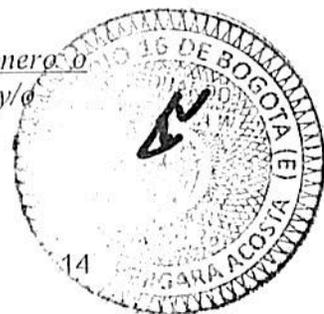
"Artículo 2º. Autoridades que deben informar sobre proyectos de regulación. Para los fines a que se refiere el artículo 7º de la Ley 1340 de 2009 deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines regulatorios que se propongan expedir los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los establecimientos públicos del orden nacional."

El artículo 3º, establece el deber del regulador de informar a la SIC los proyectos de regulación que pueden tener incidencia en la libre competencia y establece unas presunciones según las cuales se entiende que hay afectación a la libre competencia.

Artículo 3º. Proyectos de regulación que deben informarse a la Superintendencia de Industria y Comercio. Las autoridades indicadas en el artículo 2º del presente decreto deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativos con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Se entenderá que un acto tiene esa incidencia cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga:

[Presunciones]

1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o



2. *Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados.* (Resaltado fuera del texto original)



El artículo 4° establece excepciones taxativas al deber de informar y en su párrafo establece la obligación de dejar expresa constancia en el acto administrativo, de la excepción en la que la Administración sustenta la decisión de no informar a la SIC el proyecto de regulación:

“Artículo 4°. Excepciones al deber de informar. *No se requerirá informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre un proyecto de regulación cuando la autoridad que se propone expedirlo considere que se presenta cualquiera de las siguientes condiciones:*

1. *Cuando el acto tenga origen en hechos imprevisibles y/o irresistibles a partir de los cuales resulte necesario adoptar una medida transitoria con el fin de:*

a) *Preservar la estabilidad de la economía o de un sector, o*

b) *Garantizar la seguridad en el suministro de un bien o servicio público esencial, sea o no domiciliario.*

2. *Cuando el acto busque simplemente ampliar plazos, aclarar las condiciones en que son exigibles conductas previamente impuestas o corregir errores aritméticos o tipográficos.*

3. *Cuando se trate de un acto de carácter particular y concreto que tenga por finalidad resolver un conflicto entre empresas.*

4. *Cuando resulte necesario cumplir una orden judicial o una norma legal o reglamentaria de vigencia inmediata, si tal cumplimiento no es posible sin la expedición del acto.*

5. *Cuando el acto establezca un área de servicio exclusivo según los artículos 40 y 174 de la Ley 142 de 1994.*

Parágrafo. *En cualquiera de los anteriores eventos la autoridad de regulación deberá dejar constancia expresa en el acto administrativo de la razón o razones que sustentan la excepción que invoca para abstenerse de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto.*

El artículo 5° del Decreto establece la obligación por parte de la Autoridad de realizar una evaluación para determinar si existe incidencia o afectación a la libre competencia.

Para el exclusivo cumplimiento de este deber de evaluación contenida en el numeral 5° del Decreto 2897, se faculta a la SIC para adoptar a través de una resolución de carácter general, un cuestionario con las preguntas centrales que debe responder el regulador en su deber de evaluación.

Artículo 5°. Evaluación que debe realizar la autoridad que proyecta expedir un acto. *La autoridad que se proponga expedir un acto*



administrativo con fines regulatorios deberá evaluar su posible incidencia sobre la libre competencia con base en el cuestionario que adoptará la Superintendencia de Industria y Comercio mediante una resolución de carácter general. Esa evaluación deberá realizarla antes de someter a consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio el proyecto de acto regulatorio.

La resolución que expida la Superintendencia de Industria y Comercio establecerá las preguntas centrales que deberá formularse la autoridad que proyecta expedir un acto administrativo. Con el fin de facilitar la evaluación, las preguntas podrán complementarse con ejemplos o situaciones que sirvan para ilustrar el tipo de efectos de una regulación, perseguidos o no, que puedan restringir indebidamente la libre competencia.



El Decreto delega en la SIC la expedición del cuestionario y, seguidamente en su artículo 6° establece las reglas de acuerdo con las cuales debe proceder la administración en el diligenciamiento de ese cuestionario. Tales reglas incluyen no solo la de no remisión del Proyecto a la SIC en caso de que las respuesta a todas las preguntas se respondan de manera negativa (numeral 1°), regla en la cual se sustenta el MME para no remitir los proyectos que dieron lugar al Decreto 570 y la Resolución 40791 de 2018 a la SIC, sino que además, y esto es de vertebral importancia en el caso que nos ocupa, el numeral 4 de ese artículo 6° establece la regla que dispone, que cuando la Administración considere que el proyecto puede tener efectos sobre la libre competencia no evaluables con base de acuerdo con los criterios a que se refiere el artículo 3° y el cuestionario que lo desarrolle, deberá informar a la SIC sobre el proyecto. Al tenor de la norma en comento:

Artículo 6°. Reglas aplicables para informar sobre un proyecto de acto administrativo. La autoridad que se proponga a expedir un acto administrativo con fines regulatorios que pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados aplicará las siguientes reglas:

1. Cuando la respuesta al conjunto de las preguntas centrales contenidas en el cuestionario resulte negativa, podrá considerar que el proyecto de regulación no plantea una restricción indebida a la libre competencia. En consecuencia, no tendrá que informarlo a la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la autoridad decide informarlo para los fines del artículo 7° de la Ley 1340 de 2009, corresponderá a la Superintendencia de Industria y Comercio evaluar si se pronuncia o no.

(...)

4. Cuando considere que el proyecto de acto puede tener efectos sobre la libre competencia que no puedan evaluarse de acuerdo con los criterios a que se refiere el artículo 3° y el cuestionario que lo desarrolle, informará a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto e indicará cuál es la naturaleza y alcance de sus efectos.

En este caso la Superintendencia de Industria y Comercio podrá evaluar la incidencia previsible del proyecto de acto sobre la libre competencia y rendir el concepto previo al que se refiere este decreto teniendo en cuenta el impacto previsible sobre la estructura del mercado, el proceso



competitivo y/o los consumidores en el mercado o mercados relevantes en los cuales el acto pueda producir estos efectos.” (Negrilla fuera del texto original).

En ese sentido, el ente regulador debe en cumplimiento de la Ley, revisar y velar porque sus proyectos normativos no introduzcan restricciones indebidas en un mercado relevante en competencia, como en este caso lo es el mercado mayorista de energía eléctrica. En consecuencia, el Ministerio de Minas y Energía no se podía limitar al simple, dudoso e insustancial diligenciamiento del cuestionario auxiliar contenido en la Resolución 44649 del 2010, cuestionario que como dispone el artículo 5° del Decreto 2897 de 2010 “[establece las preguntas centrales que deberá formularse la autoridad que pretenda expedir un acto administrativo”, pero que no incorpora todas las posibles preguntas y postulados de la libre competencia que se pudieran ver afectados por un proyecto de regulación. Esa misma certeza la expresa la SIC mediante las comunicaciones remitidas al MME antes de la expedición del Decreto 570 de 2018, cuando advirtió que el Proyecto “(...) podría tener otros efectos en la competencia que no sean susceptibles de ser evaluados a la luz del cuestionario mencionado (...)” (Pág. 2 Oficio SIC con radicado 18-69285-0-0).

Adicionalmente, el numeral 3° del Decreto 2897 de 2010 establece las reglas a las cuales debe sujetarse la respuesta que haga cualquier autoridad administrativa, destacando la necesidad de que se tengan los estudios correspondientes para el sustentar la respectiva decisión. Al tenor de la norma en comentario:

“Artículo 6°. La autoridad que se proponga a expedir un acto administrativo con fines regulatorios que pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados aplicará las siguientes reglas:

[...]

3. Para responder fundadamente las preguntas contenidas en el cuestionario y respaldar los análisis previstos en este artículo, la autoridad de regulación que pretende expedir el acto realizará los estudios necesarios.” (Subrayas fuera del texto original).

Igualmente, el cuestionario contenido en el artículo 5° de la Resolución Nro. 44649 de 2010 (que desarrolla el artículo 5° del Decreto 2897 de 2010), constituye una ayuda práctica para orientar a la autoridad en el cumplimiento de una obligación que es más amplia y material, descrita claramente en los artículos 7° de la Ley 1340 de 2010 y 3° del Decreto 2897 de 2010.

Analicemos en detalle las normas que consagran esas obligaciones generales:

“Artículo 7° de la Ley 1340 de 2009:

“Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2o del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se 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 apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la



decisión los motivos por los cuales se aparta." (Resaltado fuera del texto original).

Artículo 3° del Decreto 2897 de 2010:

"Proyectos de regulación que deben informarse a la Superintendencia de Industria y Comercio. Las autoridades indicadas en el artículo 2° del presente decreto deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativos con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Se entenderá que un acto tiene esa incidencia cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga:

1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o

2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados." (Resaltado fuera del texto original).

Este artículo 3° del Decreto 2897 de 2010 es de suma importancia en el caso que nos ocupa, pues en él se consagra la obligación objetiva que el MME incumplió. La norma claramente contempla una obligación en cabeza del regulador de informar a la SIC sobre los proyectos regulatorios que pudieran incidir en la libre competencia. No requiere mayor esfuerzo entender el carácter regulatorio y de intervención en el mercado de energía que tienen el Decreto y las Resoluciones demandadas, por lo que ya de la lectura del primer inciso de este artículo 3° se llegaría a la conclusión certera de que los Proyectos debían ser remitido a la SIC. Pero la norma no se queda ahí, sino que facilita aún más el cumplimiento del deber legal por la Administración incluyendo dos numerales con una serie de presunciones que ayudan a establecer sin lugar a duda, cuando un proyecto puede incidir en la competencia económica, esas presunciones son:

"[-] Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes;

[-] Imponga conductas a empresas o consumidores

[-] o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo,

[-] Cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados."

1.1.2 El proceder irregular del MME durante la expedición de los actos administrativos



Pretende cumplir el MME con el descrito trámite protector de la libre competencia, con el mero diligenciamiento del cuestionario expedido por la Resolución 44649 de 2010, según lo expresa en las consideraciones del acto administrativo:



“Con base en lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010 reglamentario de la Ley 1340 de 2009, compilado por el Decreto 1074 de 2015, se respondió el cuestionario establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio para efectos de evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados, donde aplicando las reglas allí previstas, la respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida en que no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia.” (Resaltado fuera del texto original).

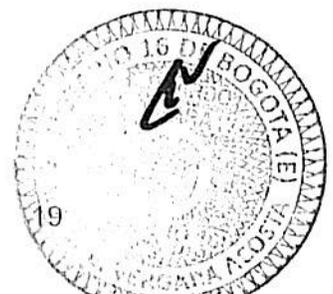
Lo anterior no es suficiente, por cuanto como se vio líneas arriba, el trámite de la Abogacía de la Competencia reglado en el Decreto 2897, específicamente en su artículo 6° (Reglas aplicables para informar sobre un proyecto de acto administrativo) dispone varias reglas, en donde además de la primera, consistente en diligenciar la encuesta (numeral 1) a la que alude el Ministerio, se encuentra la regla cuarta, según la cual, si el Ministerio por lo menos sospechaba que el Proyecto de acto podía tener efectos sobre la libre competencia no susceptibles de evaluarse de acuerdo con los criterios a que se refiere el artículo 3° y el cuestionario contenido en la Resolución 44649 de 2010, como se lee en la norma, debía obligatoriamente informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto, en procura de un concepto formal de parte de esta.

Durante el cruce de correspondencia que tuvo lugar entre el MME y la SIC, tantas veces citado, específicamente en el oficio remitido por el Ministerio de Minas y Energía el 9 de febrero de 2018 con radicado 2018009724, el Ministerio consultó a la SIC cuales eran esas posibles afectaciones a la competencia que no pudieran ser determinados con base en el cuestionario de la Resolución 44649 de 2010 y sobre los que la SIC había llamado reiteradamente la atención.

Sin embargo no podría el Ministerio proceder de esta manera, por cuanto lo que le ordena la regla contenida en ese numeral 4 del artículo 6° del Decreto 2897 de 2010, era que ante la posibilidad de que el acto pudiera albergar afectaciones a la competencia no susceptibles de identificarse con el cuestionario o con base en el numeral 3° del Decreto, el MME estaba obligado a remitir el proyecto de norma a la SIC para obtener de esta un concepto previo en relación con la libre competencia. En cambio, decidió el MME obviar esa regla y se limitó a realizar una solicitud simple en procura de un concepto soslayado y por fuera del procedimiento administrativo reglado legal y reglamentariamente.

No le es dable a la Administración observar solo parcialmente las obligaciones que el ordenamiento radica en cabeza suya, pues debe agotar integralmente el procedimiento descrito en ellas, máxime si como en el caso del trámite de control previo de Abogacía de la Competencia, ese procedimiento es requisito *sine qua non* para la correcta expedición del acto administrativo que pretende introducir en el ordenamiento, *so pena* de la nulidad del mismo.

Ahora bien, el MME sostiene que, supuestamente, cumplió con su obligación, con la simple respuesta al cuestionario. Sin embargo, en la memoria justificativa del Decreto 570 de 2018, el MME responde negativamente a todas las preguntas, sin incluir ningún análisis, explicación u observación sobre el particular.



Para mejor referencia del H. Consejo de Estado, a continuación se realiza la captura de imagen que así lo ilustra:

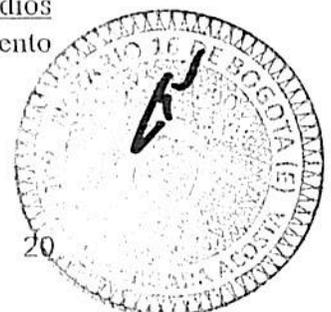
CUESTIONARIO				
PREGUNTA	SI	NO	EXPLICACIÓN	OBSERVACIONES
1. ¿La regulación limita el número o la variedad de las empresas en uno o varios mercados relevantes relacionados? Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:				
		x		
		x		
c)		x		
d)		x		
e)		x		
f)		x		
	i)		x	
	ii)		x	

2. ¿La regulación limita la capacidad de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados? Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:				
a)		x		
b)		x		
c)		x		
d)		x		
e)		x		
f)		x		
g)		x		
3. ¿La regulación implica reducir los incentivos de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados? Es posible que esto suceda, entre otros eventos, cuando el proyecto de acto:				
a)		x		
b)		x		

Lo más sorprendente es que, sin sustentar de ninguna forma su respuesta a ninguna de las preguntas, y limitándose simplemente a un "NO" en todas estas, concluye el MME lo siguiente:

CONCLUSIONES
El acto administrativo no tiene incidencia sobre la libre competencia económica, por el contrario fomenta la competencia y busca la eficiencia en la formación de precios en el sector de generación de energía eléctrica a través de un mecanismo para la contratación a largo plazo, y crea las condiciones para incorporar nuevos proyectos y agentes al sector; al mismo tiempo que incrementa la resiliencia del sector ante fenómenos climáticos extremos.

Nótese que, lo mínimo que hubiese exigido esta conclusión, sobre todo cuando el MME arbitraria y unilateralmente iba a prescindir del trámite de abogacía de la competencia, era, a lo menos, haber sustentado sus respuestas. Esto, precisamente, porque el numeral 3º del artículo 6º del Decreto 2897 de 2010 exige que se realicen los estudios correspondientes para el efecto. No obstante lo anterior, sin ningún tipo de sustento



sobre el particular, ni ningún estudio que soportara su decisión, el MME, sin más, arribó a esta conclusión.

Ahora bien, una imprecisión adicional no menor se constata en la motivación incluida por el MME en las consideraciones del Decreto 570 de 2018, pues el MME alude al diligenciamiento “negativo” que realizó del cuestionario de la Resolución 44649 que desarrolla el artículo 5° del Decreto 2897 de 2010. Sin embargo, en el mismo texto aparece una referencia al artículo 4° de la misma norma, el cual es contenido de las excepciones de las que se podría valer la administración para no remitir el proyecto a la SIC. Pero esta última posible justificación, si es que pudiese ser alegada por el MME, también se queda corta, por cuanto el párrafo de ese artículo 4° dispone claramente que cuando el regulador pretenda hacer uso de una de las excepciones allí listadas, deberá “dejar constancia expresa en el acto administrativo de la razón o razones que sustentan la excepción que invoca para abstenerse de informar a la Superintendencia (...)”. Como pudo constatarse no existe entre las consideraciones tal constancia expresa.

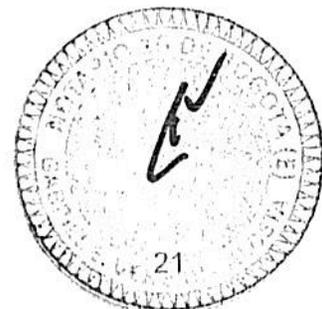
Lo anterior, además, ya sea que se trate de la mixtura intencional de varios pseudofundamentos para no remitir el proyecto para concepto previo de la SIC, o bien un error en la cita de la norma, denota descuido y laxitud en el cumplimiento del trámite legal obligatorio de la Abogacía de la Competencia.

La posibilidad de que el Proyecto presentara afectaciones a la libre competencia, tanto aquellas señaladas en el cuestionario de la competencia, como por fuera de este, eran posibilidades latentes y presentes durante todo el trámite iniciado para la expedición del Decreto 570 de 2018. Lo anterior, teniendo en cuenta especialmente las contundentes y tempranas advertencias de la SIC en los oficios aportados al proceso como prueba, por lo que el MME no se pudo excusar en el posible contraargumento de que no vislumbró tal posibilidad.

Los mismos argumentos de incumplimiento del procedimiento de Abogacía, que constituyen causal de nulidad del Decreto 570 de 2018 contenidos en este numeral, son también predicables de la Resolución 40791 de 2018, pues como también se lee en sus consideraciones, el MME se limitó a cumplir con la regla primera contenida en el numeral 1 del artículo 6° del Decreto 2897 de 2010, arguyendo que realizó el cuestionario de Abogacía de la Competencia, inobservando la regla contenida en el numeral 4 del mismo artículo 6°, según la cual, ante la posibilidad de que el acto pudiera tener afectaciones a la libre competencia por fuera de los supuestos del cuestionario y del artículo 3° del Decreto, debía obligatoriamente el MME remitir el Proyecto de Resolución a la SIC para revisión y concepto de esta. No haber procedido de esta forma, vicio el acto expedido de nulidad.

Resolución 40791 de 2018,

“Conforme a lo señalado en el Decreto 1074 de 2015 no se informó de esta Resolución a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) por cuanto, se respondió el cuestionario establecido por dicha entidad para efectos de evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados, aplicando las reglas allí previstas, la respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida en que no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia” (Resaltado fuera del texto original)





Lo interesante es que el Ministerio obvió por completo la obligación y las presunciones estipuladas en este artículo, pues pretendió cumplir con el trámite administrativo de competencia de la Competencia, solamente diligenciando (negativamente) el cuestionario ordenado en la Resolución 44649 de 2010, perdiendo de vista que ese cuestionario solamente desarrolla el artículo 5° del Decreto 2897 de 2010, artículo que consagra la necesidad de que la administración realice una evaluación para determinar que afectaciones particulares se presentan en un Proyecto dado cuando esa afectación no es evidente, pero esa obligación no desvirtúa el deber claro contenido en el artículo 3° de la norma. En consecuencia, interpreta erróneamente el MME estimando que con el simple diligenciamiento del cuestionario da por agotado el trámite administrativo previo que el artículo 3° del Decreto claramente le ordenaba, artículo que tiene una relación directa con el mandato legal contenido en el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 y que impone la obligación a la Administración de informar a la superintendencia.

Nada distinto ocurre con la memoria justificativa de la Resolución No. 47091, en donde tampoco se realiza ningún análisis de fondo en torno a las razones por las cuales se da respuesta negativa a las preguntas allí contenidas. De hecho, el MME se limita a responder el cuestionario de una manera imprecisa, sin justificación objetiva o extensiva.

Resulta interesante ver que, en las 15 preguntas estipuladas en el cuestionario, en la columna de "Explicación", el MME se limitó redactar las preguntas en forma de respuesta negativa el texto de la pregunta, y sin mayor explicación de la razón por las cuales consideraba que no se encontraba dentro de la situación expuestas en cada pregunta.

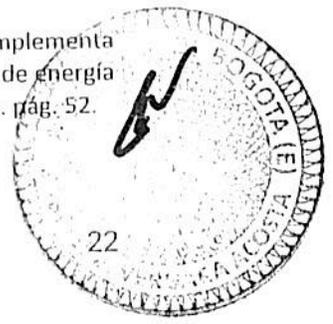
Como ejemplo de lo anterior, se puede ver la respuesta a la pregunta 1.A del cuestionario: "*Otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes*", a lo que el MME responde en la explicación que "*El proyecto de resolución no otorga derechos exclusivos a ninguna empresa para ofrecer bienes. Cualquier empresa puede participar en el mecanismo de contratación que se define en el proyecto de resolución*"¹

Así, es evidente la ausencia de motivación con las que el MME respondió el cuestionario. Ello tan es así, que la Entidad demandada simplemente se limitó a pretender justificar su decisión replicando la pregunta, pero de manera negativa. Es decir, tan solo se limita a decir que no otorga derechos exclusivos, cuando es más que claro que, en efecto, el Decreto otorga derechos y ventajas a aquellas empresas que compitan con fuentes de energías no convencionales.

Este es tan sólo uno de los ejemplos que demuestran la falta de argumentos objetivos y a conciencia para responder el cuestionario. Si bien en apariencia el MME contestó las preguntas, ello no es suficiente para considerar que la Resolución no produce afectaciones a la libre competencia, y mucho menos cuando las respuestas al cuestionario no tienen análisis, sustento ni credibilidad alguna.

Pero, más grave, aun cuando el MME responde de manera negativa a todas las preguntas, en al menos una de ellas, las observaciones a sus respuestas contradicen su respuesta al exponer claras limitaciones a la libre competencia derivadas de la

¹ Ministerio de Minas y Energía. Memoria Justificativa de Resolución 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. pág. 52.



aplicación de la Resolución. Un claro ejemplo de ello se puede ver en la respuesta a la pregunta 2.F del cuestionario, la cual busca verificar si la regulación: "Limita la libertad de las empresas para elegir sus procesos de producción o su forma de organización industrial", a lo cual el MME contesta: "El proyecto de Resolución no limita la libertad de las empresas para elegir sus procesos de producción, o su forma de organización industrial²".

Sin embargo, en las observaciones a dicha pregunta el MME dice lo siguiente: "El proyecto de resolución incluye disposiciones que le asignan puntaje a los proyectos que presente cualquier empresa con el fin de cumplir con los lineamientos de política establecidos en el Decreto 570 de 2018."

De la simple lectura de la observación, se evidencia que el MME conoce y es consciente de que se establecen puntajes diferenciados por el proceso productivo de las compañías. Establecer puntajes diferenciados a los proyectos provenientes de diferentes fuentes de energía, por sí mismo constituye una limitación a la libertad de las empresas para elegir sus propios procesos de producción, pues obliga a las empresas a tener procesos de producción basados en fuentes alternativas de energía, para poder recibir una mejor calificación dentro de las subastas.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la mayor prueba para demostrar que el MME respondió de manera errada el cuestionario es el análisis que previamente había realizado la SIC. En dicho análisis, el cual le fue comunicado al MME a través de los oficios aportados como prueba a esta demanda, la SIC respondió todas las preguntas del cuestionario de manera afirmativa, con base en justificaciones concretas, fundadas y ajustadas a sus antecedentes y experiencia específica en la materia. El análisis de la SIC será explicado con mayor detalle más adelante.

Son evidentes las afectaciones materiales que los proyectos (hoy normas vigentes) introducen en el mercado de energía, a tal punto de que la lectura de un *lego* en la materia, hubiere concluido tal, pero en este caso además se cuenta con los nutridos y enfáticos pronunciamientos de la autoridad de la competencia, la cual llamó la atención sobre las múltiples afectaciones que el Proyecto de Decreto 570 representaba (y hoy ejerce) a la libre competencia.

Entonces en este caso, ante la evidencia de que el Proyecto era lesivo de ese bien jurídico y estando en presencia del artículo 3° y sus presunciones, el diligenciamiento del cuestionario que desarrolla la obligación de evaluar el acto contemplada en el artículo 5°, es solo una de las partes del trámite para identificar las afectaciones particulares a la competencia. Tal como lo ordena el numeral 2 del artículo 8° del mismo Decreto, el diligenciamiento del formulario no es la única causal para solicitar el pronunciamiento de la SIC y mucho menos agota el trámite:

"Artículo 8°. Documentos que la autoridad debe suministrar a la Superintendencia de Industria y Comercio. Cuando una autoridad informe sobre un proyecto de acto administrativo que se proponga expedir con fines regulatorios y pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, deberá poner en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio:

² Ministerio de Minas y Energía. Memoria Justificativa de Resolución 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. págo. 53.



1. *El proyecto de acto administrativo que se propone expedir.*
2. *La respuesta dada al cuestionario a que se refiere el artículo 5° y las opciones de regulación de que trata el numeral 2 del artículo 6° del presente decreto, cuando sea el caso.*
3. *Los estudios técnico-económicos realizados sobre el proyecto, los cuales deberán incluir el análisis a que se refiere el numeral 3 del artículo 6° del presente decreto.*
4. *Las observaciones y sugerencias que haya recibido de terceros interesados si las hubo.”*



No puede el MME escudarse en un cuestionario que el mismo Ministerio contestó para evadir el cumplimiento de ese deber legal. Ese es un proceder y una interpretación errada y contraria a la ley. Avalar esta forma de proceder por parte del regulador es desconocer la obligación autónoma contemplada en el artículo 3° del Decreto 2897 de 2010 y entender que el simple diligenciamiento, por lo menos descuidado en este caso, del formulario desvirtúa las presunciones expresamente contempladas en él; el artículo 3° que es autónomo, es norma jurídica exigible, y es previo al artículo 5° que debió ser acatado por el MME. En ese sentido, puede decirse que el MME agotó la tarea formal de diligenciar el cuestionario, pero incumplió la obligación material clara y exigible contenida en el artículo 3°.

Es tan verídico lo hasta aquí dicho, que en el mismo artículo primero de la Resolución 44649 de 2010, que implementa el cuestionario del que venimos hablando, dispone que el mismo desarrolla solamente el artículo 5° del Decreto, y no la integralidad del Decreto 2897 de 2010, menos aún las presunciones fijadas por los dos numerales del artículo 3°, que siendo claras no requieren desarrollos posteriores:

“Artículo 1°. Adoptar el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios, a que hace referencia el artículo 5° del Decreto 2897 de 2010, el cual consta de las siguientes preguntas: (...)

No puede reducirse la normatividad que consagra el control previo que constituye la Abogacía de la Competencia, al diligenciamiento y respuesta perplejamente negativa de todas preguntas contenidas en el cuestionario de la Resolución 44649 de 2010, en ese sentido se pronunció la misma SIC ente que expidió la Resolución 44649, al comunicarle directamente al MME:

“De cualquier forma, es importante destacar que el proyecto podría tener otros efectos en la competencia que no sean susceptibles de ser evaluados con base en el cuestionario, mencionado” (Oficio 18-69285-0-0, Párrafo segundo, página 2).

Pone de presente la Superintendencia de Industria y Comercio, el mismo ente que expidió la Resolución 44649, que el cuestionario en ella contenido constituye una guía que orienta al regulador, en este caso el MME, en el cumplimiento de sus deberes legales, pero que no agota las obligaciones de la Abogacía de la Competencia radicada en cabeza del MME, específicamente el deber de hacer un análisis integral del proyecto de norma y las posibles afectaciones a la competencia y su consecuente remisión.

A manera de conclusión, durante el trámite de expedición del hoy Decreto 570 del 23 de marzo de 2018, no se agotó el procedimiento legal de Abogacía de la Competencia consagrado en el Artículo 7° de la Ley 1340 de 2010 y las sus normas reglamentarias,



cuyo propósito es proteger un derecho de raigambre constitucional (Art 333 CP), pues aceptar lo contrario, en este caso, donde se procedió en temeraria contravía de los previos llamados de atención del órgano rector de la competencia (SIC), equivale a hacer nugatorias y defraudar la literalidad y el espíritu de normas constitucionales, legales y reglamentarias.

Misma conclusión se puede predicar respecto de la Resolución 40791 del 31 de Julio de 2018 del MME, "Por la cual se define un mecanismo para la contratación a largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica en el mercado de energía mayorista." y la Resolución 40795 del 1 de agosto de 2018, "Por medio de la cual convoca a la primera subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación." demandadas en el presente proceso. Estos actos administrativos concretan en el ordenamiento las afectaciones a la competencia económica que por medio de lineamientos y de política introdujo el Decreto 570 del 23 de marzo de 2018, tal como se describe en el hecho 25.

Para el caso de la Resolución 40791, el MME se limitó a afirmar escuetamente, como lo hizo en las consideraciones del Decreto 570 de 2018, que en su criterio todas las respuestas al cuestionario de la Resolución 44649 de 2010, eran negativas, por lo que este acto administrativo adolece de las causales de nulidad expuestas líneas arriba, es decir: expedición irregular y violación de las normas en las que debía fundarse, así como falta de motivación y violación del debido proceso.

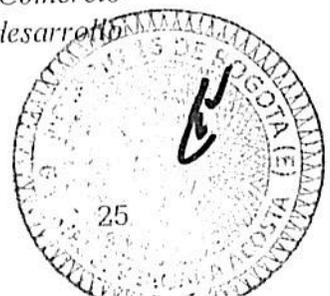
Siendo tan evidente la vulneración a la libre competencia, los dos Proyectos de Resolución debieron haber sido remitidos para concepto previo de la SIC, tanto con fundamento en el artículo 3° del Decreto 2897 de 2010, como por el cumplimiento material de las demás normas de Abogacía de la Competencia.

Ahora bien, un vicio de nulidad adicional a los ya expresados, se configuró durante la expedición de la Resolución 40795 del 1 de agosto de 2018, en tanto el Ministerio de Minas y Energía omite por completo en las consideraciones del acto administrativo expresar cómo dio cumplimiento a las obligaciones de Abogacía de la Competencia, tal y como se lo ordena la Ley. En esta Resolución no dejó constancia en sus considerandos de si dio respuesta al cuestionario contenido en la Resolución 44649 de 2010, argumento mediante el cual pretendió cumplir con el requisito de la abogacía para la expedición del Decreto 570 y la Resolución 40791 de 2018.

De hecho, es necesario resaltar la ausencia absoluta de análisis sobre la afectación o no a la libre competencia en la memoria justificativa de la Resolución No. 40795, puesto que en dicho acto no se encuentra ni la más mínima mención sobre el particular.

Con lo anterior se configuró un vicio de nulidad adicional respecto de esta última Resolución, por cuanto del Decreto 1074 de 2015 en su artículo. 2.2.2.30.7. ordena que en tratándose de actos que puedan tener incidencia en la libre competencia, el regulador deje constancia expresa acerca de si consultó o no a la autoridad de competencia y si esta emitió concepto o no:

"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. Lo que será objeto de desarrollo en el acápite de normas y el sentido de violación."



2. Solicitud por parte del MME a la SIC de indicar las preguntas frente a las cuales había contestado afirmativamente y las explicaciones por parte de la SIC.

Durante los trámites para la expedición del Decreto 570 de 2018, se propició un cruce de correspondencia oficial entre la SIC y el MME, a instancia de la primera la que, en ejercicio de sus funciones legales de protección de la competencia, especialmente las consagradas en la Ley 1340 de 2009, solicitó la remisión del proyecto de Decreto a la SIC para formular las observaciones a las que hubiese lugar. Durante el cruce de esas misivas se configuró la siguiente situación de derecho:

En el oficio del MME con radicado 2018009724 del 9 de febrero de 2018 suscrito por el Viceministro de Energía doctor Alonso M. Cardona Delgado, el Ministerio solicitó a la SIC su opinión sobre las posibles afectaciones a la competencia económica contenidos en el proyecto que más adelante se expidió como Decreto 570 de 2018, expresó el Viceministro en esa ocasión:

“En ese sentido, solicitamos a la SIC nos haga llegar los comentarios precisos de las preguntas del Cuestionario de Abogacía de la Competencia que la SIC informa “(...) podrían responderse de manera afirmativa (...) respecto del Proyecto, y del mismo modo, solicitamos el envío de los comentarios y análisis que llevan a la SIC a determinar que el Proyecto “(...) podría tener otros efectos en la competencia que no sean susceptibles de ser evaluados con base en el cuestionario mencionado”

En respuesta a esta solicitud, la autoridad nacional de competencia, a través del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, remitió no una comunicación sino dos, la primera mediante oficio 18-69285-2-0 del 13 de febrero de 2018 y posteriormente el oficio 18-69285-4-0 del 14 de marzo de 2018, que da alcance al primero en las que le pone de presente al MME por lo menos 9 aspectos relevantes que constituyen potenciales afectaciones a la competencia económica contenidas en el para ese momento, proyecto de decreto, entre las que se resaltan:

“(...) desde el mismo epígrafe, el Proyecto de Decreto es sugerente de un eventual impacto en el régimen de libre competencia económica, pues se plantea un lineamiento de política pública que implica, de suyo, un tratamiento diferenciado para la contratación de largo plazo de proyectos de generación con fuentes no convencionales de energía renovable.” (Párrafo segundo Oficio 18-69285-4-0).

Más adelante en el mismo oficio, la SIC expone al MME el resultado de un ejercicio sistemático de responder oficiosamente el cuestionario de Abogacía de la Competencia (Resolución 44649 de 2010), identificando por los menos 9 aspectos del Proyecto que potencialmente violaban la libre competencia:

“(...) esta entidad ha hecho un análisis preliminar del Decreto Proyecto (sic) y, en relación con el mismo, ha contestado por usted las preguntas el cuestionario “Evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios”. Del análisis, esta entidad ha encontrado que la respuesta a muchas de las preguntas del cuestionario es positiva, contrario a lo manifestado en la parte considerativa del Proyecto de Decreto.”



Los aspectos relevantes potencialmente lesivos de la libre competencia económica hallados por la SIC el Honorable Magistrado los podrá leer en el aludido oficio 18-69285-4-0 aportado como prueba en el presente proceso, sin embargo a continuación se hace un resumen de los mismos:

- **Otorgamiento de derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes**, riesgo identificado no solo en uno de los aspectos centrales regulados por el Proyecto sino en dos, a saber en: (i) el epígrafe mismo se identificaba, como se transcribió líneas arriba, el riesgo de tratamiento diferenciado a las empresas de generación que utilicen fuentes renovables no convencionales, favoreciéndolas en detrimento de las no catalogadas como tales, y (ii) en el artículo 2.2.3.8.7.1. que se pretendía incluir en el Decreto 1074 de 2015, que comprendía nada más y nada menos que el objeto del proyecto de norma, es decir, de los lineamientos que pretendía introducir en el ordenamiento y que efectivamente quedaron incluidos en el hoy Decreto 570 de 2018. En concepto de la SIC con este artículo: *"(...) se estaría promoviendo la contratación a largo plazo a empresas que se dediquen a la generación de energía con fuentes exclusivamente no convencionales de energía renovable, lo cual podría suponer el otorgamiento de un derecho exclusivo a tales empresas"*
- **Establece licencias y permisos, autorizaciones para operar o cuotas de producción o de venta**. En concepto de la SIC el artículo 2.2.3.7.5 (Características) a introducir en el Decreto 1074 de 2015, *"Estaría estableciendo parámetros que podrían limitar la producción de energías mediante condicionamiento de la definición, volumen y plazo del producto que se asignaría (...)"*
- **Limita la capacidad de cierto tipo de empresas para ofrecer un bien o prestar un servicio**. En opinión de la SIC el artículo 2.2.3.8.7.1 del Proyecto, relativo al "Objeto" *"(...) podría limitar la capacidad de aquellas empresas cuya actividad esté encaminada únicamente a la generación de energía con fuentes diferentes a los no convencionales."*
- **Controla o influye sustancialmente sobre los precios de los bienes o servicios o el nivel de producción**. Llamó la atención la SIC, sobre el riesgo en el artículo 2.2.3.8.7.5 -Características- que *"(...) al establecer que deben fijarse volúmenes de producto que se asignarán, podría suponer una restricción o un control de oferta."* Adicionalmente la SIC considera respecto del artículo 2.2.3.8.7.9 -Traslado a la fórmula tarifaria-, que en el mismo se *"(...) propone el traslado de unos costos a los usuarios finales, lo que podría incrementar, controlar o influenciar los precios y por ende, eventualmente, afectar a los consumidores."*
- **Otorga a los operadores actuales en el mercado un trato diferenciado con respecto a los entrantes**. Conceptuó la SIC que: *"En general. El Proyecto otorga un trato diferenciado a los generadores de fuentes no convencionales respecto de aquellos generadores de energías con fuentes diferentes a las no convencionales ya presentes en el mercado, lo cual supondría, preliminarmente, la necesidad de estudiar a fondo el impacto del proyecto bajo una óptica de libre competencia económica."*

Otorga trato diferenciado a unas empresas con respecto a otras.

Dijo la autoridad de la competencia: *"En el mismo sentido del ítem anterior [es decir predicado de todo el Proyecto en general y no solo de una parte del mismo], el Proyecto supondría otorgar un trato diferenciado a las empresas que se dediquen a la generación de energía con fuentes no convencionales respecto de las que utilizan fuentes diferentes de las no convencionales."*

Limita la libertad de las empresas para elegir sus procesos de producción o su forma de organización industrial.

Conceptúa la SIC: *"El Proyecto al establecer una forma de contratación específica puede limitar la libertad empresarial que tienen los agentes para organizar su actividad productiva por lo cual supone, preliminarmente, la necesidad de estudiar de fondo el impacto del proyecto bajo la óptica de la libre competencia económica"*.

Por lo anterior el Honorable Consejo de Estado deberá concluir que el MME incumplió el trámite de Abogacía de la Competencia por limitarse a responder negativamente todas las preguntas de la encuesta de la Resolución 44649 de 2010, en oposición a las conclusiones de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de la potencial afectación a la libre competencia lo que se configura en una causal de nulidad por haber omitido la obligación legal de remitir la norma al trámite de abogacía de la competencia.

3. Cargos de nulidad expresa y directamente aplicables al caso concreto

El Consejo de Estado ya ha tenido la oportunidad de realizar control de legalidad de actos administrativos en los que, dentro del trámite de su expedición, no se ha esperado a la emisión de un concepto de abogacía de la competencia.

En curso del proceso del expediente Nro.11001-03-24-000-2016-00481-00, se debatía la nulidad de la Resolución Nro. 2163 del 27 de mayo de 2016 expedida por el Ministerio de Transporte, precisamente por el no agotamiento del trámite administrativo de Abogacía de la Competencia, ocasión en la que al igual que en el caso que nos ocupa el ente regulador interpretó las normas y pretendió cumplir el trámite solo formalmente y no materialmente desconociendo la literalidad y el espíritu de la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2897 de 2010.

En esa oportunidad, la Honorable Consejera María Elizabeth García González mediante auto calendarado el 30 de abril de 2018, decidió recurso de reposición interpuesto por el actor Oscar Alejandro Goyes Viteri, en el cual decidió suspender el acto administrativo, con fundamentos en las siguientes razones:

"El Despacho no comparte los argumentos de la entidad demandada para desestimar el requisito de la abogacía de la competencia, comoquiera que de la lectura de las normas que lo regulan no se desprende que el mismo se satisfaga con el simple hecho "de informar" a la Superintendencia de Industria y Comercio, pues ello supondría que se trataría de un requisito meramente formal. Como ya se indicó, la abogacía de la competencia le permite a la Superintendencia participar, a través de un concepto, en los proyectos de regulación que puedan tener incidencia en la libre competencia." (Subrayado fuera del texto original)

(...)



“Es decir que, el Ministerio de Transporte procedió a expedir la reglamentación del ofrecimiento y prestación del servicio público de transporte terrestre automotor en la modalidad individual en el nivel de lujo definido en el Decreto 2297 de 2015, sin esperar el concepto de abogacía de la competencia, por lo que al haberse expedido este con posterioridad a la expedición de la regulación, se perdió la oportunidad de que la Autoridad de Transporte manifestara si acogía o no las observaciones efectuadas por la Superintendencia desde la perspectiva de la libre competencia.” (Negrillas hacen parte del texto original)

(...)

Ahora bien, como lo indicó esta Corporación, el efecto jurídico de expedir actos administrativos con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, sin el concepto previo de la Superintendencia Industria y Comercio es el de la nulidad del acto por expedición de forma irregular y con violación de las normas en que deben fundarse.

En consecuencia, para la Sala Unitaria se reúnen los requisitos para acceder a la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto acusados por violación de las disposiciones invocadas como vulneradas contenidas en la Ley 1340 y su decreto reglamentario.”³ (Negrillas hacen parte del texto original).

Adicionalmente, tal como fue puesto de presente por la SIC al MME, mediante comunicación del 14 de marzo de 2018 con radicado 18-69285-4-0, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dentro del expediente No. 2013-00005-00 (2138), Consejero Ponente William Zambrano Cetina, expresó frente a los efectos jurídicos de la omisión del trámite de la Abogacía de la Competencia por parte del regulador, dispuso:

“(i) la abogacía de la competencia es una potestad en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio que le permite participar, a través de un concepto, en los proyectos de regulación que puedan tener incidencia en la libre competencia.” (Negrilla fuera de texto). (ii) El carácter potestativo de la SIC radica en la facultad de emitir o no un concepto sobre el proyecto de regulación, (iii) el deber de información debe desarrollarse previa a la expedición del acto administrativo (iv) teniendo en cuenta los artículos 46 y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, “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 en lo que deben fundarse” (Negrillas fuera del texto original).

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00481-00



3.1. Expedición irregular de los Actos Administrativos Demandados

De acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la expedición irregular o el vicio de forma del acto administrativo se configura cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que establecen el procedimiento para su formación o la manera como éste debe presentarse. En consecuencia cuando el acto es expedido con vicios en el trámite, debe verificarse si éstos tienen la vocación de incidir en el sentido de la decisión, de tal manera que si la irregularidad en el proceso logra afectarla por ser sustancial o trascendente, el acto administrativo será anulable⁴.

A esto se le suma que, la jurisprudencia ha señalado que cuando la ley exige que un acto administrativo se motive, dicho requisito se convierte en un elemento esencial del mismo, motivo por el cual ante su omisión el acto sería anulable por expedición irregular⁵. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha dicho que:

*"En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de 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"*⁶ (énfasis fuera del texto original).

De acuerdo con el análisis realizado en los capítulos anteriores, resulta evidente que, de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 y la Resolución 44649, los Actos Administrativos demandados debían someterse al estudio de la SIC para que presentara su estudio de Abogacía de la Competencia.

Al omitir la remisión de los Actos Administrativos Demandados al concepto de Abogacía de la Competencia debiendo hacerlo, se configura una ausencia de motivación de los mismos, puesto que parte de su motivación debería estar estrechamente relacionada con el concepto rendido por la SIC sobre el asunto, o, en su defecto, las razones por las cuales el MME considera que podía haberse apartado de dicho concepto.

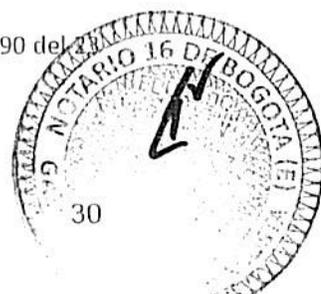
3.2. Los Actos Administrativos Demandados se expidieron en flagrante infracción de las normas en que debería fundarse

Como viene de decirse, los Actos Administrativos Demandados desconocieron por completo lo establecido en el artículo 7 de la ley 1340 de 2009. De ello no solo se deriva que dicho Decreto sea nulo por expedición irregular, sino que también deba ser declarado nulo por haber sido expedido con flagrante infracción de las normas en que debería fundarse.

⁴Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 27 de enero de 2011. Número de radicación: 11001-03-28-000-2010-00007-00. C. P: Mauricio Torres Cuervo.

⁵Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de Julio de 2013. N° único: 11001-03-06-000-2013-00005-00. C.P: William Zambrano Cetina.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 16090 del 16 de junio de 2011. C.P: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.



En cuanto a este vicio formal es importante recordar que el Consejo de Estado ha dicho que el mismo se configura cuando:

“Este defecto como vicio de los actos administrativos se configura cuando la decisión de la administración desconoce las normas superiores de orden sustancial que regulan el objeto (qué) del acto administrativo; de ahí que la citada violación se pueda dar por vía directa o indirecta y, además, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea”⁷ (énfasis fuera del original).

De modo que, tratándose de este vicio, es necesario entrar a examinar si los Actos Demandados han violado las normas en las que se debieron fundar, referidas dichas normas a todas aquellas que componen el ordenamiento jurídico. Esto pues implica confrontar el acto con la norma superior que ha infringido.

Bajo estas consideraciones, y como se ha venido diciendo, en el caso de autos es claro que esto sí sucedió, toda vez que el MME desconoció su deber de remitir los proyectos de decreto y resolución para concepto de la abogacía de la competencia, según lo exige la Ley 1340 de 2009.

Lo anterior, en la medida en que sin mayor argumentación al respecto, el MME simplemente aduce haber “contestado negativamente” las preguntas del correspondiente cuestionario de la SIC, circunstancia que no evidencia un real cumplimiento de las normas referidas a la abogacía de la competencia.

De ahí que no se encuentre a discreción del MME determinar si remite el proyecto de acto administrativo o no, por cuanto la ley es clara en decir que se deberá remitir ese proyecto si afecta la libre competencia. Además, existe un bien constitucional mayor que debe ser objeto de protección, como lo es la libre competencia económica.

Así pues, ante las advertencias de la propia autoridad de competencia que prendió las alertas en torno al cumplimiento de este deber, lo mínimo que se estaba del MME es que remitiera el proyecto de Decreto, así como las posteriores resoluciones. Sin embargo, bajo su posición completamente arbitraria y sin rendir ninguna explicación sobre el particular, simplemente determinó que no debía remitirlo.

Consecuentemente de todo lo dicho, queda demostrado que el Ministerio de Transporte expidió el Decreto en flagrante infracción de las normas que debía fundarse, motivo por el cual el mismo está viciado y debe ser declarado nulo por el H. Consejo de Estado.

4. Falsa Motivación del Acto Administrativo

Como se verá, son varias las modalidades jurisprudenciales y doctrinales que fundamentan la falsa motivación de los actos demandados en el presente escrito.

a. Falsa Motivación por omisión

El hecho de que el MME no haya expresado en las consideraciones del Decreto 570 de 2018 que había recibido advertencia de la autoridad máxima de competencia mediante sendas comunicaciones, sobre las posibles afectaciones materiales a la libre competencia económica que se cernían sobre el Proyecto de Decreto 570 de 2018, constituye un vicio de nulidad claro, por la vía de la inobservancia del procedimiento

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 27 de enero de 2011. Rad.: 11001-03-28-000-2010-00015-00. C.P: Mauricio Torres Cuervo.

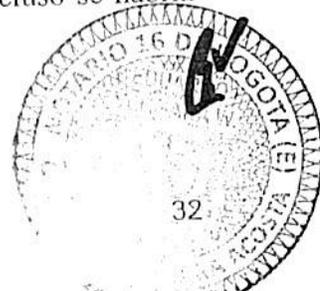


necesario de la Abogacía de la Competencia como ampliamente se argumentó líneas arriba. Pero además, la misma omisión del MME durante la formación del acto administrativo, constituye también autónomamente otro vicio de la voluntad administrativa cuya sanción legal es igualmente la nulidad del acto, con fundamento ya no en las normas y antecedentes jurisprudenciales de la protección de la competencia, sino de la prolija doctrina administrativista y la decantada Jurisprudencia de del Consejo de Estado referente a la falsa motivación, como paso a explicar.

Ha dicho el máximo tribunal de lo contencioso, en torno a la falsa motivación del acto administrativo en providencia del veintiséis (26) de julio de 2017, Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA y radicado: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326), lo siguiente:

"la Sección Cuarta ha precisado que esta "causal autónoma e independiente se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente". Por su parte, en cuanto a la falta o ausencia de motivación, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente: "La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y 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 de un acto administrativo 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. En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo. (...)"

En el caso particular, estamos en presencia hechos y actos (el concepto previo de la SIC), que de haber sido considerados como debieron, habrían conducido a la expedición de un acto administrativo sustancialmente diferente, para evitar la violación del derecho constitucionalmente protegido de libre competencia o incluso se habría desistido de su expedición.



Al haber continuado con el trámite de expedición en presencia de los fuertes llamados de atención de la máxima autoridad de competencia, el MME incurrió en falsa motivación, bajo la modalidad descrita por la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues estaba en presencia de hechos (las comunicaciones de la SIC) que de haber sido tenidos en cuenta, habrían claramente incluso detenido la expedición del acto administrativo.

Va más allá la jurisprudencia en cita, cuando expresa que:

“Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo: la expedición de un acto administrativo 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.”

La motivación que demandaba la ley para el Decreto 570 de 2018, durante cuyo trámite de expedición el MME obtuvo de parte de la SIC serías y fundadas advertencias sobre las violaciones que el Proyecto incubaba, no son consideraciones menores ni requisitos de mero trámite formal, sino que al ser exigidas esas motivaciones por la Ley en procura y protección de derechos relevantes al ordenamiento económico como lo es la libre competencia, se convierten en fundamentos esenciales que determinan, en palabras del Honorable Consejo de Estado “no solo: la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance”.

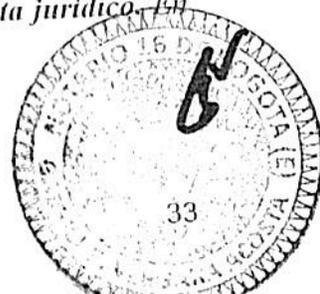
A la luz de lo anterior, constituye la omisión de la motivación en la que incurrió el MME palmaria causal de nulidad del Decreto 570 de 2010.

b. Falsa motivación por error de derecho en la calificación de los hechos

El MME pretendió cumplir para el caso del Decreto 570 de 2018 y la Resolución 40791 de 2018, con el escueto y meramente formal diligenciamiento del cuestionario contenido en la Resolución 44649 de 2010, como tantas veces se ha dicho. Sin embargo al contestar negativamente todas las preguntas, y no brindar sustento alguno para ello, incurrió en error de calificación grave, dado que, como se acredita con la correspondencia cruzada entre el MME y la SIC aportada como prueba en el presente medio de control, el proyecto de Decreto 570 de 2018 padecía de por lo menos 9 afectaciones relevantes a los postulados de la libre competencia económica (sugiero al Honorable Magistrado ver viñetas de la tabla contenida entre las páginas 2 y 3 del Oficio SIC- 1869285-4-0 del 14 de marzo de 23018).

Al respecto la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado en providencia, del 9 de octubre de 2003, radicado 76001-23-31-000-1994-09988-01 (16718) y CP. German Rodríguez Villamizar, expresó que la falsa motivación, como vicio de ilegalidad del acto administrativo y por ende causal de nulidad, puede configurarse:

“(…) cuando en las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. En



el primer caso, se genera el error de hecho y, en el segundo, el error de derecho."

De manera análoga, la Sentencia del 12 de octubre de 2017 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado radicado 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950) y CP. Stella Jeannette Carvajal Basto, aclaró que la falsa motivación se configura cuando:

"los hechos son falsos, bien porque nunca ocurrieron o se describen de forma distinta a como ocurrieron, y cuando los hechos se aprecian erróneamente, porque no tienen el alcance ni producen los efectos que les da el acto administrativo, o no corresponden a los supuestos descritos en las normas que él invoca. (...) En términos de la doctrina, la causal de "falsa motivación" puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión, pero el funcionario la expide sin que esos motivos se presenten, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos, como también en que los motivos invocados no han existido realmente, desde el punto de vista material o jurídico, caso en el cual se habla de inexistencia de los motivos invocados, de motivos erróneos o de error de hecho o de derecho en los motivos. El error de hecho ocurre cuando no existe el motivo que soporta el acto administrativo y el error de derecho cuando el motivo invocado sí existió materialmente, pero fue mal apreciado o interpretado por el funcionario"

5. Violación del Principio de Neutralidad Tecnológica y barreras de entrada.

Esa discriminación negativa respecto de las fuentes convencionales de energía, que hacen los actos demandados es contraria al principio de neutralidad tecnológica consagrado en el artículo 6º de la Ley 143 de 1994 (Ley Eléctrica), según el cual el mercado debe utilizar la tecnología que garantice el menor costo en términos económicos y en condiciones normales de mercado.

No obstante, aun cuando es deseable la entrada y complementariedad en la matriz energética de las fuentes no convencionales de energía renovable, esto se debe hacer de manera gradual y respetuosa de los derechos y principios consagrados en el marco constitucional y legal definido para el mercado eléctrico, dentro de los cuales, el principio de neutralidad tecnológica ha sido piedra angular. Entonces, favorecer por la vía de los criterios de calificación en la subasta una tecnología en detrimento de otra, introduce elementos disruptivos en el mercado al tiempo que encarece el servicio.

En ese mismo sentido, la vía que eligió el MME para fomentar el ingreso de los proyectos con fuentes de generación renovables no convencionales, a través de la precalificación más benéfica en un mecanismo de mercado como lo es la subasta de energía, se erigen como una discriminación que limita la participación en proyectos de generación y en general oferentes con tecnologías diferentes a las fuentes no convencionales de energía renovable, lo que es claramente violatorio de las normas de competencia, en especial el Decreto 2153 de 1992.

6. Atribución de funciones a un Ente Administrativo que no detenta las potestades suficientes para el desarrollo de tales funciones.

Revisadas las funciones legales y reglamentarias y la órbita de actuación de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), se concluye que esta entidad carece de las



facultades de ejecución que le asigna el Ministerio de Minas y Energía en las Resoluciones 40791 del 31 de julio de 2018 y 40795 del 1 de agosto de 2018.

En el anexo de la Resolución 40791, ordena el MME que la UPME realice actividades ejecutivas, no de planeación, como administrador de la subasta para la contratación a largo plazo de energía eléctrica.

La Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) es un Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con patrimonio propio y personería jurídica, según dispone el Artículo 13 de la Ley 143 de 1994:

"ARTÍCULO 13. La Unidad de Planeación Minero - Energética de que trata el artículo 12 del Decreto 2119 de 1992, se organizará como Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con patrimonio propio y personería jurídica (...)"

Tanto el objetivo como las funciones de la UPME, salvo contadas excepciones que trataremos más adelante, se restringen al ámbito de la planeación, tal como puede constatarse de la lectura de los artículo 16 de la Ley 143 de 1994 y 3 y 4 del Decreto 1258 de 2013 "Por el cual se modifica la estructura de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME)", allí preferentemente se evidencian los mandatos de proyectar, establecer requerimientos, evaluar la oferta, recomendar, conceptuar, etc.:

Ley 143 de 1994

"ARTÍCULO 16. La Unidad de Planeación Minero-Energética tendrá entre otras las siguientes funciones:

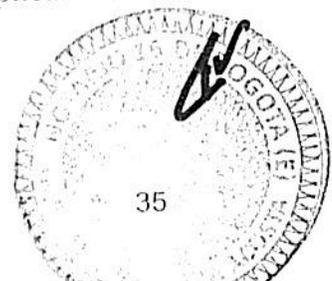
- a) Establecer los requerimientos energéticos de la población y los agentes económicos del país, con base en proyecciones de demanda que tomen en cuenta la evolución más probable de las variables demográficas y económicas y de precios de los recursos energéticos;*
 - b) Establecer la manera de satisfacer dichos requerimientos teniendo en cuenta los recursos energéticos existentes, convencionales y no convencionales, según criterios económicos, sociales, tecnológicos y ambientales;*
- (...)"*

Decreto 1258 de 2013:

"Artículo 3. OBJETO (...) planear en forma integral, indicativa, permanente y coordinada con los agentes del sector minero energético el desarrollo y aprovechamiento de los recursos mineros y energéticos; producir y divulgar la información requerida para la formulación de política y toma de decisiones; y apoyar al Ministerio de Minas y Energía en el logro de sus objetivos y metas."

"ARTÍCULO 4o. FUNCIONES. Para el cumplimiento de su objeto, la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), ejercerá las siguientes funciones generales:

- 1. Establecer los requerimientos mineros y energéticos de la población y los agentes económicos del país, con base en proyecciones de demanda que tomen en cuenta la evolución más probable de las variables explicativas en un contexto nacional e internacional.*



2. Planear las alternativas para satisfacer los requerimientos mineros y energéticos, teniendo en cuenta los recursos convencionales y no convencionales, según criterios tecnológicos, económicos, sociales y ambientales.

3. Elaborar y actualizar los planes nacionales de Desarrollo Minero, Energético Nacional, Expansión de los Sectores Eléctrico, Cobertura de zonas interconectadas y no interconectadas, y de los demás planes subsectoriales, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

4. Elaborar y actualizar los planes de Abastecimiento de Gas y de Ordenamiento Minero, de conformidad con la delegación efectuada por el Ministerio de Minas y Energía.

5. Desarrollar análisis económicos de las principales variables sectoriales, evaluar el comportamiento e incidencia del sector minero y energético en la economía del país y proponer indicadores para hacer seguimiento al desempeño de estos sectores lo cual servirá de insumo para la formulación de la política y evaluación del sector.

6. Evaluar la conveniencia económica, social y ambiental del desarrollo de fuentes renovables y no convencionales de energía y de sus usos energéticos.

7. Evaluar la rentabilidad económica y social de las exportaciones e importaciones de los recursos mineros y energéticos y conceptuar sobre su conveniencia.

8. Realizar diagnósticos y estudios que permitan la formulación de planes y programas orientados a fortalecer el aporte del sector minero y energético a la economía y la sociedad en un marco de sostenibilidad.

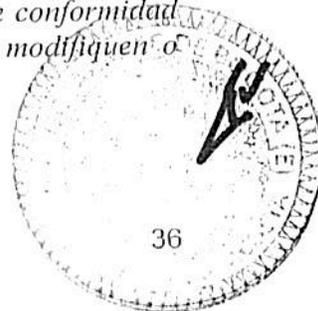
9. Adelantar los estudios y apoyar en materia minero energética que requiera el Gobierno Nacional para la formulación de la política sectorial.

10. Fomentar, diseñar y establecer los planes, programas y proyectos, relacionados con el uso eficiente, ahorro y conservación de la energía en todos los campos de la actividad económica y adelantar las labores de difusión necesarias.

11. Elaborar los planes de expansión del Sistema Interconectado Nacional en consulta con el cuerpo consultivo, de conformidad con la Ley 143 de 1994 y las normas que lo modifiquen o reglamenten y establecer los mecanismos que articulen la ejecución de los proyectos de infraestructura con los planes de expansión.

12. Estructurar los procesos para la ejecución de los proyectos de transmisión y distribución de electricidad definidos en el Plan de Expansión del Sistema Interconectado Nacional y hacerles seguimiento, de conformidad con la delegación efectuada por el Ministerio de Minas y Energía.

13. Desarrollar y mantener un sistema adecuado de información sectorial y subsectorial para apoyar la toma de decisiones de las autoridades, los agentes públicos y privados y el uso del público en general de conformidad con el Decreto número 4130 de 2011 y demás normas que modifiquen o sustituyan.





14. Administrar el Sistema de Información Minero Energético Colombiano, así como sus subsistemas, entre ellos el Sistema de Información Minero Colombiano (Simco), de que trata el Código de Minas, en los términos y para los efectos previstos en la delegación efectuada por el Ministerio de Minas y Energía.

15. Elaborar y divulgar el balance minero energético nacional, la información estadística, los indicadores del sector minero energético, y demás informes y estudios de interés.

16. Conceptuar sobre la viabilidad técnica y financiera de los proyectos para ser financiados a través de los fondos administrados por el Ministerio de Minas y Energía.

17. Revisar la formulación de los proyectos a ser financiados por el gobierno en materia de minas y energía, de acuerdo con los requerimientos del Ministerio de Minas y Energía.

18. Emitir, concepto sobre el potencial energético para proyectos hidroeléctricos, de conformidad con el Decreto número 2820 de 2010 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

19. Emitir, conceptos sobre las conexiones al Sistema Interconectado Nacional, en el marco de la expansión de generación y transmisión de energía, de conformidad con la delegación efectuada por el Ministerio de Minas y Energía.

20. Emitir concepto sobre la viabilidad de aplicar incentivos para eficiencia energética y fuentes no convencionales, de conformidad con la delegación efectuada por el Ministerio de Minas y Energía.

21. Establecer los volúmenes máximos de combustible líquidos derivados del petróleo con beneficio tributario.

22. Fijar los precios de los diferentes minerales para efectos de la liquidación de regalías, de conformidad con el Decreto número 4130 de 2011 y demás normas que lo modifiquen o sustituyan.

23. Prestar servicios técnicos de planeación y asesoría y cobrar por ellos, de conformidad con lo señalado en el literal i) del artículo 16 de la Ley 143 de 1994.

24. Las demás que le señale la Ley o le sean asignadas y que por su naturaleza le correspondan.

Una simple lectura de las funciones de la UPME, según se contemplan en el Decreto 4° del Decreto 1258 de 2013, permite reforzar que no se hallan labores de asignaciones de ejecución como las que le asigna la el MME en las Resoluciones 40791 y 40795 de 2018, como lo podrá constatar el honorable Consejo de Estado.

De hecho resulta innegable que sus funciones son de carácter técnico y asesor, y no de ejecución de procesos de contratación, toda vez que el objetivo de esta Unidad servir de apoyo para la estructuración de proyectos, más no su estructuración en particular.

Dispone la normatividad revisada, que las funciones de este organismo adscrito al Ministerio, se circunscriben preferentemente al análisis de los requerimientos energéticos de la población y los agentes económicos del país, así como a la proyección de la manera de satisfacer estos requerimientos teniendo en cuenta los recursos energéticos existentes, mediante la planeación de alternativas que lleven a satisfacer las necesidades actuales y futuras.

Ahora, cuando entre las funciones legales de la Unidad Administrativa Especial, incluye el artículo 16 de la Ley 143 de 1994: "Las demás que le señale la Ley o le sean asignadas y que por su naturaleza le correspondan". Tal expresión debe entenderse en sentido estricto, pues solo una norma de rango legal puede directamente o mediante delegación expresa atribuir funciones a una entidad de carácter público, como lo es la UPME, no siendo conforme a derecho que lo haga, el MME cuando en el artículo 3º la Resolución 40791 encarga a la Unidad de la organización de la subasta para la contratación a largo plazo de energía eléctrica:

"Deléguese a la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME– para implementar y administrar el mecanismo de que trata la presente Resolución. Para esto la UPME deberá entre otros, publicar el pliego de bases y condiciones específicas de dicho mecanismo considerando los lineamientos aquí establecidos (...)"

De hecho, la propia UPME ha reconocido la naturaleza de sus obligaciones. En el trámite de exequibilidad del artículo 11 de la Ley 1658 de 2013, que dio lugar a la sentencia C-261 de 2015, esta entidad dejó claro este punto:

"La Unidad de Planeación Minero Energética, interviniendo por medio de su Directora General, la doctora Ángela Inés Cadena Monroy, alega que su función principal es la de planeación integral del sector y no es de su competencia promover acciones operativas en materia de formalización minera ni de contratación o subcontratación, lo cual conlleva a que no corresponda a esta entidad participar en el debate jurídico que se propicia."⁸

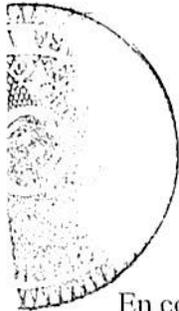
Además, el carácter técnico de esta Unidad fue expresamente destacado por la Corte Constitucional, quien además justificó que el Ministerio recibiera su apoyo técnico en la elaboración del Plan Nacional de Electrificación Rural. En palabras de esta Corporación:

"Por su parte, la Unidad de Planeación Minero Energética UPME[118], es una Unidad Administrativa Especial de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Minas y Energía[119]. El objeto de esta Unidad es "planear en forma integral, indicativa, permanente y coordinada con los agentes del sector minero energético, el desarrollo y aprovechamiento de los recursos mineros y energéticos; producir y divulgar la información requerida para la formulación de política y toma de decisiones; y apoyar al Ministerio de Minas y Energía en el logro de sus objetivos y metas."^[120]

En consecuencia, para la Sala no ofrece reparo constitucional la competencia que se asigna al Ministerio de Minas y Energía para que con el apoyo técnico del IPSE y la UPME elaboren y adopten el PNER. Como se acaba de describir, se trata de dos entidades que cuentan con

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-261 de 2015.





experticia en la materia y pueden asesorar la construcción del PNER tanto de las Zonas No Interconectadas como del Sistema Interconectado Nacional. En efecto, el PNER se presenta como una herramienta para alcanzar la meta de universalización de la prestación del servicio de energía eléctrica en todo el territorio colombiano, lo cual se encuentra en plena armonía con el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365 de la CP)”⁹

En contraste con lo anterior, siguiendo una arquitectura institucional estable y definida por las normas del sector de energía, la responsabilidad de realizar subastas como las reguladas mediante los actos demandados, han sido radicadas en cabeza de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), mientras que el Ministerio produce políticas con base en la planeación que hace la UPME. Lo que no es caprichoso y obedece a las funciones legales y reglamentarias de cada una de estas entidades.

Así, la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG- de conformidad con las atribuciones que le otorgó la Ley 143 de 1994 está encargada de acuerdo con el artículo 23 de esta norma de “crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia”. (Subrayado fuera del texto original).

Lo anterior no es menor, pues es la CREG la que además de ser el ente legalmente facultado para la implementar y ejecutar herramientas que garanticen la disponibilidad de la oferta energética (subastas), tiene concretas funciones en materia de promoción de la competencia económica en el mercado de energía. Entonces, con la ilegal atribución de funciones por el MME a la UPME al tiempo que se configura vicio de nulidad, se configura y refuerza las infracciones a las normas de protección de la competencia resaltadas en los cargos anteriores.

V COMPETENCIA

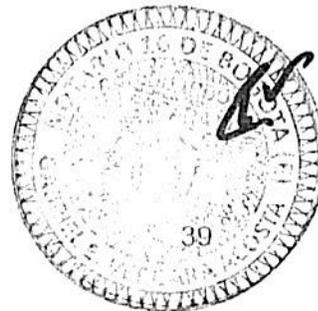
Por la naturaleza de la acción y del acto acusado, es competente el Consejo de Estado en única instancia, según lo preceptuado en el Artículo 149-1 del CPACA.

VI PRUEBAS Y ANEXOS

Documentales, que se aportan con el presente escrito:

- 1.1. Decreto 570 de 2018
- 1.2. Resolución 40791 de 31 de julio de 2018
- 1.3. Resolución 40795 de 1 de agosto de 2018
- 1.4. Oficio de la SIC 18-69285-0-0 del 7 de febrero de 2018
- 1.5. Oficio del MME 2018009724 del 9 de febrero del 2018
- 1.6. Oficio de la SIC.18-69285 -2-0 del 13 de febrero de 2018
- 1.7. Oficio de la SIC 18-69285 -4-2 del 14 de marzo de 2018
- 1.8. Oficio del MME 2018020633 del 16 de marzo de 2018
- 1.9. Memorias justificativas del Decreto 570 de 2018 y las Resoluciones 40791 y 40795 de 201

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 2017.



- 1.10. Presentación de derecho de petición ante el Ministerio de Minas y Energía.
- 1.11. Respuesta al derecho de petición por parte del Ministerio de Minas y Energía

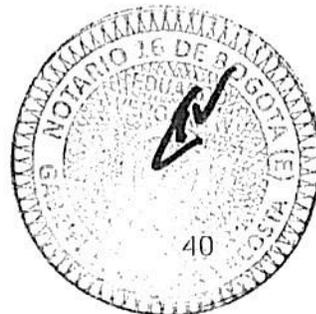


VII NOTIFICACIONES

El suscrito las recibirá en su domicilio ubicado en la Cra 72A no. 24-23 de la ciudad de Bogotá D.C., y/o en el Correo electrónico ivonne_adri@hotmail.com

De los Honorables Consejeros, con toda atención y respeto,


IVONNE ADRIANA DÍAZ CRUZ
C.C. No 52.084.485
T.P. No. 77748 del C.S. de la J.



DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL

Artículo 2.2.6.1.2.4.1 del Decreto 1069 de 2015



37689

En la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, el tres (03) de octubre de dos mil dieciocho (2018), en la Notaría Dieciséis (16) del Círculo de Bogotá D.C., compareció:

IVONNE ADRIANA DIAZ CRUZ, identificado con Cédula de Ciudadanía/NUIP #0052084485 y la T.P. 77748, presentó el documento dirigido a AL INTERESADO y manifestó que la firma que aparece en el presente documento es suya y acepta el contenido del mismo como cierto.

----- Firma autógrafa -----



48vxrb1ajf19
03/10/2018 - 10:44:38:003



Conforme al Artículo 18 del Decreto-Ley 019 de 2012, el compareciente fue identificado mediante otejo biométrico en línea de su huella dactilar con la información biográfica y biométrica de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Acorde a la autorización del usuario, se dio tratamiento legal relacionado con la protección de sus datos personales y las políticas de seguridad de la información establecidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.



GABRIEL EDUARDO VERGARA ACOSTA
Notario dieciséis (16) del Círculo de Bogotá D.C. - Encargado

Consulte este documento en www.notariasegura.com.co
Número Único de Transacción: 48vxrb1ajf19