Bogotá D.C.

Honorable Consejero:
Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C
Calle 12 No. 7-65 Piso 2 Palacio de Justicia
Teléfono: +57 (1) 3506700 Ext. 2235 - 2234 - 2223
Email: ces3secr@consejoestado.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C.

Medio de Control : Acción de Nulidad Simple
Radicado No. : 11001-03-26-000-**2018-00164**-00 (62492)
Accionante : Ivonne Adriana Díaz Cruz
Accionado : NACIÓN -Ministerio de Minas y Energía

CARLOS ALBERTO ALVAREZ PÉREZ, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía N° 7.713.138 de Neiva (Huila) y portador de la tarjeta profesional N° 152629 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de la Nación -Ministerio de Minas y Energía-, creado por la Ley 2 de 1973, cuyas competencias se encuentran consagradas en los Decretos Nos. 636 de 1974, 2119 de 1992, 2152 de 1999 y modificados por el Decreto No. 070 de 2001 y el Decreto 0381 de 2012, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.; en virtud del poder conferido, respetuosamente me permito presentar al Despacho, oposición al Impulso Procesal solicitado por la Actora en los siguientes términos:

I. SOBRE EL IMPULSO PROCESAL[1]

"El principio dispositivo puede perfectamente convivir en un proceso cuyo impulso procesal le corresponda al juez, parece ser una premisa que no merece mayor discusión. La mayoría de la doctrina, incluso aquella que se presume garantista y contraria a todo activismo judicial[2], está de acuerdo en asignar el impulso y el control del proceso al juez. Resolver lo contrario, esto es, sustentar la incompatibilidad entre un proceso de corte dispositivo y la asignación al órgano

[1] Revista de Derecho JURISPRUDENCIA COMENTADA Vol. XXII - N° 1 - Julio 2009 Páginas 265-274. Comentario de Iván Hunter Ampuero. https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v22n1/art12.pdf

[2] Montero Aroca, Juan: La Prueba en el Proceso Civil, Thomson Civitas, quinta edición, Navarra, 2007, p. 520.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/8223

jurisdiccional de un deber impulso procesal, es desconocer dos ideas consolidadas en el Derecho Procesal moderno.

El principio de aportación de parte se conecta directamente con los derechos subjetivos e intereses legítimos objeto de la tutela, frente al cual el juez carece completamente de potestad. En este sentido, se le prohíbe iniciar de oficio un proceso, colocar hechos no alegados por las partes y otorgar más de lo pedido por los litigantes.

Al mismo tiempo, el proceso dispositivo reconoce a los litigantes la libertad para disponer del objeto del proceso, renunciando a la pretensión, desistiéndose o aviniendo. La plenitud en la actuación de estas máximas es lo que caracteriza e identifica a un proceso como auténticamente dispositivo y no el monopolio exclusivo de las cargas procesales sobre las partes.

Esto significa que un proceso donde el principio dispositivo sea estrictamente actuado no se pone en entredicho con la asignación al órgano jurisdiccional de roles de impulso procesal, como tampoco con la de poderes probatorios. Es más, los modelos procesales contemporáneos se alejan de los sistemas del siglo XIX, propiamente liberales, donde el juez quedaba "atado de manos" y entregado al ritmo que las partes impusieran al proceso.

Por el contrario, la tendencia camina hacia el aumento, en todo orden, de las potestades del juez y a la necesidad de buscar un justo equilibrio con las facultades que se le reconocen a las partes. Así, se sostiene hoy en día que el proceso dispositivo no va ligado en términos de necesidad al impulso procesal privado, pudiendo lograrse una plena armonía entre un proceso de orden dispositivo y el impulso oficial. La incompatibilidad sólo sería posible si el ordenamiento atribuye al órgano jurisdiccional el monopolio exclusivo del andar procesal excluyendo a las partes de toda iniciativa en tal sentido.

(...) dentro del proceso conviven y se encuentran el interés del justiciable que pide tutela por medio de la acción y el del Estado, por medio de la jurisdicción que está en el imperativo de otorgar la tutela pedida (sea favorable o desfavorable). La conjunción de ambos intereses proyecta su contenido en toda la actividad procesal, especialmente en la actividad de impulso que perfectamente puede recaer, ya sea en forma general o sea de forma específica, en el órgano que ejerce la jurisdicción. De ahí que se predique, según Ramos Méndez, la autonomía de la judicatura para la consecución de los actos del proceso.

Si un justiciable realiza la petición de tutela que habilita al tribunal para el desarrollo de un proceso no parece razonable que el ordenamiento le exija a ese justiciable impulsar el proceso para alcanzar la tutela definitiva a sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, el órgano jurisdiccional si ha sido requerido debe propender a prestarla dentro de los límites impuestos y fijados por la pretensión. Así lo propugna también Sentís Melendo al explicar que cuando una persona en su día recurrió al tribunal ejerciendo una acción, pidiendo una sentencia favorable a sus intereses, ya ha dado al mecanismo todo el impulso que necesita y no hay motivo para que el ordenamiento le exija, para cada trámite o etapa, impulsar el proceso hasta la sentencia final[3]."

Ahora bien, para el caso en concreto, resulta que la Actora presentó el día 29 de enero de 2019 "solicitud de impulso procesal", tan solo un (1) día después de haberse notificado el Auto Admisorio de la Demanda (28 de enero de 2019) y mientras se corre el traslado dispuesto por el Artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

[3] Cfr., Sentís Melendo, Santiago: "Perención de la instancia y carga procesal", Estudios de Derecho Procesal I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 338.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/8223

Administrativo), en este orden de ideas y de acuerdo con la doctrina citada, se tiene que el Honorable Consejo de Estado ha atendido en forma pertinente los tiempos establecidos en el CPACA para adelantar los estadios propios de la Acción de Nulidad Simple incoada por la Actora, que dicha carga de impulso procesal no ha sido trasladada a esta y que el trámite del proceso se surte conforme a la Ley, teniendo en cuenta que conforme a la fecha de notificación de la Demanda al Ministerio de Minas y Energía, en concordancia con el término de traslado para la contestación, se tiene que mi representada tiene como fecha límite para presentar la respuesta a la Acción y proponer las excepciones correspondientes hasta el 23 de abril de 2019.

Ahora bien, en cuanto a la medida cautelar requerida, sobre la cual la Actora requiere a su vez al Despacho, que se efectúe el impulso procesal, se tiene que el Honorable Consejo de Estado puede a su turno solicitar pruebas y adelantar el trámite correspondiente bajo cuerda procesal diferente como lo señala el CPACA, en consecuencia, para el suscrito, no puede pretender la Actora que con la resolución de medida cautelar se efectúe una especie de sentencia "anticipada", máxime cuando en esta cuerda procesal no se discuten argumentos de Hecho o de Derecho de fondo.

Finalmente, en sustento de lo enunciado, se presenta como improcedente la solicitud de impulso de la Medida Cautelar solicitada por la Actora, bajo los siguientes argumentos:

Consideración Previa sobre la no procedencia del impulso procesal y el pronunciamiento existente en dicho escrito, sobre nuevas Resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Energía.

Consideramos fundamental tener en cuenta que la demandante insiste en que con la expedición de la normativa que rige *el mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*, el Ministerio de Minas y Energía está limitando o afectando la competencia y que por esta razón es necesario que la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al respecto consideramos necesario exponer lo siguiente:

La situación actual del mercado de energía mayorista refleja un mercado con altos grados de concentración, que debido al mecanismo de expansión de Cargo por Confiabilidad se ha concentrado aún más sin permitir la entrada de nuevos competidores.

En un concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio[4], dicha entidad señaló lo siguiente en relación con la competencia económica en el mercado de energía mayorista y su relación con el esquema del Cargo por Confiabilidad. En palabras de esa Superintendencia:

> *"Esta Superintendencia analizó los resultados obtenidos en las subastas del **Cargo por Confiabilidad** realizadas en 2008, 2011 y 2012 y se puede inferir lo siguiente: i) el **Cargo por Confiabilidad** habría coadyuvado a que los líderes del mercado de energía eléctrica consoliden su posición a través del aumento de su capacidad de generación; y ii) el **Cargo por Confiabilidad** ha sido efectivo para atraer la inversión de **nuevos competidores** al mercado.*
>
> *En este orden de ideas, conviene mencionar que, para la Superintendencia de Industria y Comercio, el motivo de inquietud no se origina por la falta de inversión en nuevas plantas, sino que tales nuevos proyectos fueron desarrollados principalmente por los líderes de mercado y no por otros incumbentes o por firmas entrantes.*

[4] Concepto con radicado No. 17-316975-1-0.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

SGS ISO 9001 CO16/6223

Frente a lo anterior, vale la pena destacar que el diseño de subastas que favorezcan el ingreso de nuevos competidores al mercado ha sido un objetivo que esta Superintendencia ha promovido activamente en el pasado. El caso más significativo fue en el sector de telecomunicaciones, con la subasta de espectro 4G del 2013, en donde la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que una subasta abierta, con igualdad de condiciones para los participantes, ocasionaría que el líder del mercado consolidara su posición.

En consecuencia, esta Superintendencia recomendó al Ministerio de Tecnologías de la Información "que en los términos de adjudicación de espectro radioeléctrico ***se definan incentivos, mecanismos y condiciones para propiciar el ingreso de al menos un nuevo operador en el mercado****"[5]. (Destacado fuera de texto). El Ministerio mencionado acogió la recomendación y los ajustes en los términos de la subasta permitieron que los consumidores del mercado de telecomunicaciones se beneficiaran con el ingreso de dos nuevos jugadores al mercado.*

(...)

El análisis de los resultados de las subastas del ***Cargo por Confiabilidad*** *realizadas en 2008, 2011 y 2012 realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio evidencia dos hechos que llaman la atención: i) el impacto de la regulación en las empresas existentes ha sido la consolidación de los líderes del mercado en términos de aumento de la capacidad de generación; y ii) el impacto de la regulación en el ingreso de nuevos competidores ha sido muy bajo debido a los escasos proyectos promovidos por entrantes en el marco del* ***Cargo por Confiabilidad***[6]."

De acuerdo con lo expuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio, el mercado eléctrico mayorista colombiano presenta altos niveles de concentración, característicos de un mercado oligopólico. Además, las subastas del Cargo por Confiabilidad, si bien han contribuido a la expansión del parque de generación, también han consolidado la posición de los agentes líderes del mercado.

En este orden de ideas, desde el punto de vista de la libre competencia económica, al mercado le traería beneficios la entrada de nuevos agentes que por medio de sus ofertas contribuyan a la formación de un precio eficiente, especialmente en mecanismos que permitan la entrada en el mercado, de proyectos que tengan cada vez menos impactos ambientales.

El mecanismo propuesto de subastas de contratación de largo plazo fundamentadas en el Decreto 570 de 2018 busca proyectos de generación que le brinden nuevos atributos a la matriz de generación de energía eléctrica. De esta manera, cualquier tipo de tecnología o proyecto que le ofrezca esos atributos a la matriz podrá participar y ofrecer la venta de su energía. Frente a lo anterior, vale la pena destacar que este tipo de atributos, como están definidos, los pueden ofrecer nuevos proyectos de generación y que en los registros de generación de la Unidad de Planeación Minero Energética se evidencia la gran participación de nuevas empresas que reducirían la concentración del mercado.

Como lo manifestamos en la oposición a las medidas cautelares, mediante nuevas Resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018, el Ministerio de Minas y Energía sí envío el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*, de forma que este mecanismo (que debe ser entendido como un solo mecanismo) fuera analizado por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de que se surtiera sobre este, el análisis de abogacía de la competencia.

Al respecto es muy importante tener en cuenta, como se expone a continuación, que aunque la demandante afirma que se presentó una *reforma* a las resoluciones demandas, lo cierto es que en la solicitud de decreto de medidas cautelares, la demandante no especificó en forma alguna, cuáles eran las disposiciones de las Resoluciones 40791 y 40795 de 2018, que generaban una

[5] Superintendencia de Industria y Comercio, Radicado No. 12-182715 del 25 de septiembre de 2012. En la misma línea, ver los conceptos emitidos por esta Superintendencia con el número de radicado 13-14194-1 del 8 de febrero de 2013 y 13-33327-3 del 7 de marzo de 2013.
[6] Algunas de las ideas de esta sección son tomadas del documento borrador interno de trabajo "Concepto CxC" del grupo de Abogacía de la Competencia de abril del 2016.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/6223

supuesta obligación por parte del Ministerio de Minas y Energía, de adelantar el trámite de abogacía de la competencia ante la SIC, con lo cual no es posible que ahora pretenda señalar que existe un supuesto vicio en las resoluciones, cuando este Ministerio ya ha probado que presentó el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica* ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en razón a que las Resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018 surtieron el trámite de abogacía de la competencia ante la Superintendencia de Industria y Comercio, con lo cual se obtuvo concepto por parte de dicha Superintendencia, en relación la abogacía de la competencia, respecto del *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*.

En esa medida, exponemos a continuación los argumentos del porqué se considera improcedente la solicitud de impulso al proceso presentada:

1. ***Improcedencia del impulso de la resolución de la medida cautelar solicitada contra el Decreto 570 de 2018 y las Resoluciones 40791 y 40795 de 2018, por no ser actos administrativos contra los que se pueda exigir en la actualidad, un reproche jurídico como el presentado por la parte demandante.***

   Adicionalmente. las Resoluciones 40791 y 40795 no pueden ser objeto de evaluación para una eventual declaratoria de medida cautelar de suspensión provisional, toda vez que actualmente el mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica, se encuentra regido por lo dispuesto en las resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018, por lo cual no existe actualmente el objeto sobre el cual versó la demanda y la solicitud de medidas cautelares

   Si bien en julio de 2018 fueron expedidas las resoluciones 40791 y 40795 con el fin de que estas rigieran el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica* y si bien es cierto que dichas resoluciones fueron enviadas a la SIC para que se surtiera el trámite de la abogacía de la competencia, (lo cual como se explicará más adelante se consideró y se considera que no era necesario, toda vez que con estas no se afectaba ni se limitaba el mercado), lo cierto es que dichas resoluciones no existen actualmente en la forma en que fueron demandadas.

   En ese orden, los argumentos y acusaciones contra la forma en que fue expedido el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*, regido por las resoluciones 40791 y 40795 de 2018, no pueden mantener su vigencia, toda vez que la arquitectura normativa que rige el mecanismo de contratación en cita, ya es otro, por lo que todo reproche contra dicha estructura normativa carece de objeto.

   En efecto, en auto de dos (2) de febrero de dos mil dieciocho (2018) (M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto), el Consejo de Estado señaló:

   > *El Despacho anota,* ***que en los casos en que las normas respecto de las cuales se depreca la medida cautelar de suspensión provisional han sido modificadas o derogadas, no es procedente su decreto****. Así lo señaló la Sala en providencia de 29 de enero de 2014*[7]*:*
   >
   > *"(...) 1.3 La suspensión provisional, además, es una medida cautelar que apunta a enervar la eficacia, los efectos, del acto administrativo, como se colige no solo de la doctrina y la jurisprudencia, sino también del artículo 91.1 de la Ley 1437 de 2011.*
   >
   > *Esa misma disposición, se expresa, igualmente, que hay pérdida de la fuerza ejecutoria cuando el acto administrativo "pierde vigencia" – artículo 91.5-, lo que ocurre cuando*

[7] Consejo de Estado, Sección Cuarta. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramirez. Rad. 110010327000-2013-00014-00 (20066).

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

se presenta el fenómeno de derogación de la norma, entendido como "el acto de proceder, mediante disposición posterior, a dejar sin efecto, en todo o en parte, un precepto jurídico precedente"[8].

2. Es decir, que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo ***no es procedente cuando la norma acusada ha sido modificada o derogada, por cuanto dicha suspensión parte del supuesto de vigencia."***

Se tiene con lo anterior que con posterioridad a la presentación de la demanda y de la solicitud de declaratoria de medidas cautelares, el Ministerio de Minas y Energía expidió las resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018, en relación con el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica.*

Aun cuando se consideraba que estas resoluciones, así como las anteriores 40791 y 40795 de 2018, no debían surtir el trámite de abogacía de la competencia ante la SIC, pues no generan un impacto negativo ni restringen la competencia, como se explicará más adelante y de lo cual es prueba el que se haya contestado negativamente el cuestionario proporcionado por la SIC para tales efectos, el Ministerio de Minas y Energía decidió acudir a dicha instancia, con el fin de que fuera ésta superintendencia quien evaluara las posibles restricciones o limitantes a la competencia que pudiera generar el mecanismo de contratación de largo plazo al que se ha hecho referencia.

Así las cosas, se lee en los considerandos tanto de la Resolución 41307 de 2018, como de la Resolución 41314 de 2018, que:

(...) conforme a lo señalado en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y sus actos administrativos reglamentarios, se respondió al cuestionario establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC para evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados. La respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida que se consideró que el mecanismo promueve la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica, complementario a los mecanismos existentes en el mercado de energía mayorista, no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia.

Que no obstante lo anterior, este mecanismo fue remitido a la SIC para conocimiento de dicha entidad y para que, en caso de considerarlo conveniente, emitiera su pronunciamiento en materia de abogacía de la competencia

En respuesta a lo anterior y después de estudiar a la luz de la abogacía de la competencia, el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*, la SIC sólo formuló un comentario en el siguiente sentido:

Incluir una disposición que genere certeza acerca de que a medida que aumente la presencia de nuevos proyectos de generación y se diversifiquen las fuentes de generación, se permita una libre competencia entre proyectos de generación nuevos y existentes, y se reduzca la discrecionalidad del Ministerio para limitar la subasta a un solo tipo de proyectos.

A su vez, el Ministerio de Minas y Energía, en razón a la recomendación de la SIC, incluyó una disposición en el artículo 11 de la Resolución 41307 para dar respuesta a tal observación.

Se ve con lo anterior, que no sólo se ha dejado de existir el objeto de los argumentos y los reproches contra las resoluciones demandas, sino que adicionalmente, se tiene que el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo*

[8] OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 241.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO16/6223

para proyectos de generación de energía eléctrica, ya fue consultado a la Superintendencia de Industria y Comercio para que se surtiera el trámite de abogacía de la competencia. Adicionalmente, como se demuestra, el Ministerio de Minas y Energía recibió comentarios por parte de dicha entidad, los cuales fueron tenidos en cuenta para la expedición de las nuevas resoluciones, con lo cual se ha perdido completamente, aun cuando en todo caso no fuera de recibo, el reproche en relación con la supuesta pretermisión del trámite de abogacía de la competencia.

Se reitera en ese sentido, que el Ministerio de Minas y Energía sí llevó el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica* a la Superintendencia de Industria y Comercio, al presentar los proyectos de resolución que regularían el mismo, esto es, las Resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018, a la Superintendencia de Industria y Comercio, con lo cual el reproche que se expone en relación con que los actos que desarrollaron el Decreto 570 de 2018 están viciados de nulidad y deben ser suspendidos, ha sido superado, tanto así que existen nuevas resoluciones que establecen el mecanismo en mención, por lo cual no se puede decir que el procedimiento para *la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*, no fue radicado en la Superintendencia de Industria y Comercio para cumplir el trámite de abogacía de la competencia.

Adicionalmente se debe insiste en que la Superintendencia de Industria y Comercio, adelantó efectivamente el análisis en relación abogacía de la competencia en relación con el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica,* tanto así que manifestó su opinión oficial sobre el mismo a través del oficio 18-332125 -1-0 de 21 de diciembre de 2018 (se anexa a este escrito), en el cual únicamente formuló una recomendación, tal y como se señaló arriba.

1.1. La solicitud de impulso de declaratoria de medida cautelar no incluye ninguna explicación o desarrollo del porqué dicha resolución o de cuáles apartes o disposiciones específicas de las resoluciones tienen un supuesto impacto en la competencia y en qué forma.

Es fundamental tener en cuenta que el artículo 2.2.2.30.3. del Decreto 1074 de 2015, establece como causales por las cuales se considera que una regulación tiene efecto en la competencia, las siguientes:

> *"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.* (negrita fuera del original).

Como se ve, el decreto señala como verbos rectores para determinar la incidencia de un acto de regulación en la competencia, que tenga una influencia negativa en la competencia, esto es, que limite o reduzca la competencia. Se tiene con esto que existe un estándar establecido por el mismo decreto, que se debe demostrar para probar que en efecto el acto administrativo debió haber ido a la SIC (por tener un objeto o efecto que limitaba o reducía la competencia) y no que no cumplió con dicho trámite.

En esa medida, aún cuando como se explicó arriba no existe actualmente el objeto sobre el cual recaía el reproche de la demandante, es importante anotar que en todo caso, la solicitud de medidas cautelares no cumplió con forma alguna, la carga que le corresponde asumir para desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo, al menos para que se decrete su suspensión.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO16/8222

En efecto, si bien la demandante expresa varios señalamientos en contra del Decreto 570 de 2018 (los cuales como ya se vio arriba y como se señalará abajo, no son de recibo), principalmente repitiendo lo expresado por la SIC en algunas comunicaciones enviadas al Ministerio de Minas y Energía, no se identifica en ningún lugar del escrito, que la demandante se refiera en específico contra alguna de las disposiciones de las Resoluciones 40791 y 40795.

En efecto, la demandante en la solicitud de decreto de medidas cautelares no asume ninguna carga argumentativa y ni siquiera hace el esfuerzo de señalar y desarrollar la forma en que supuestamente dichas resoluciones tienen una incidencia en la libre competencia, menos aún la forma en que dicha incidencia *restringe o limita* la competencia.

Incluso más preocupante aún, es que la demandante en la solicitud de declaratoria de medidas cautelares, no indica disposiciones específicas de las Resoluciones 40791 y 40795, artículos, incisos o parágrafos, que pudieran identificarse que tienen como objeto o efecto tener una incidencia en la competencia, por lo que es imposible determinar cuáles de estas disposiciones podrían haber generado esa duda en la demandante, ni cuál sería el motivo de tal duda, ni como eso podría afectar la competencia.

Este punto es determinante en el sentido que aun cuando se trate de la solicitud de una medida cautelar, o mejor, aún más porque se trata de una solicitud de este tipo, es preciso que la demandante demuestre con suficiente carga argumentativa, que se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo.

Es fundamental recalcar que todo acto administrativo se presume legal hasta que un juez no lo declare nulo o hasta que se suspenda provisionalmente. Esta *presunción*, exige que sea el demandante quien deba asumir una carga especial para demostrar que efectivamente el acto no es legal o puede no ser legal. En todo caso, en cualquier proceso, el acto inicia asumiéndose como legal y el ejercicio argumentativo y probatorio debe llevar a desvirtuar tal situación si se quiere lograr la suspensión del acto administrativo.

Un entendimiento contrario, significaría que con cualquier demanda o presentación de solicitud de medidas cautelares, y simplemente enunciando una opinión subjetiva de creencia de ilegalidad, se lograría que el acto administrativo fuera suspendido. Esto haría imposible el desarrollo la administración pública y del Estado, razón precisamente por la cual se exige del demandante, que adelante un ejercicio de demostración de que dicha presunción debe ser desvirtuada.

En este caso sin embargo, como se hace evidente de la solicitud de medidas cautelares, no existe desarrollo de un ejercicio probatorio y argumentativo alguno, en relación con las razones por las que las disposiciones contenidas en las resoluciones 40791 y 40795 tienen una incidencia en el mercado.

No se preocupa la demandante ni si quiera por citar alguno de los artículos de estas resoluciones, ni a desarrollar cuál es el objeto o el efecto que dicha disposición específica tiene sobre la competencia, en especial en términos de limitar o restringir esta, pues se recuerda que la demandante sólo se refiere a algunos argumentos en relación con el decreto, sin hacer ninguna acusación específica en relación con las resoluciones.

Es importante destacar que tal falta de claridad y de ejercicio argumentativo y probatorio en relación con las razones por las que las resoluciones atacadas están supuestamente viciadas de nulidad, afecta definitivamente el derecho a la defensa del demandado, toda vez que es imposible determinar cuáles son las causas, cuáles las disposiciones, cuáles los supuestos efectos por los cuales dichas resoluciones tenían que surtir el trámite de abogacía de la competencia, con lo cual se hace imposible determinar por qué dichas disposiciones no tenían que surtir tal trámite o para demostrar que estas efectivamente sí surtieron el mismo.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/6223

Es fundamental que se tenga en cuenta que la presunción de legalidad de los actos administrativos no se puede tornar en una presunción de ilegalidad de los mismos, lo cual sucedería si se accede a una solicitud de medida cautelar, con la sola opinión personal y subjetiva, de que existe un vicio de nulidad respecto de dichas resoluciones, sin entrar a demostrar argumentativa y fácticamente, por qué eso es así.

2. **El Decreto 570 de 2018 no es un acto administrativo sujeto al trámite dispuesto por la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2897 de 2010, compilado en el Decreto 1074 de 2015, toda vez que se trata de un acto administrativo expedido por el Presidente de la República.**

Si bien la Ley 1340 de 2009 dispone que "(...) ***las autoridades de regulación*** *informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir*" (negrita fuera del original), fue el Decreto 2897 de 2010, compilado en el Decreto 1074 de 2015, el que determinó cuáles serían estas ***autoridades de regulación*** sujetas al régimen de la abogacía de la competencia regido por la Ley 1340 de 2009 y el mismo Decreto 2897 de 2010.

En ese orden, se tiene que el Presidente de la República ejerció sus facultades constitucionales, dispuestas en el numeral 11, artículo 189 de la norma superior, para reglamentar la Ley 1340 de 2009 y así dar una cumplida ejecución de tal ley.

En ejercicio de tal competencia, la reglamentación de la ley en mención delimitó el campo de aplicación del trámite de la abogacía de la competencia, de forma tal que desarrolló cuáles son las autoridades de regulación de las que trata el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, así como los proyectos de regulación que deben informarse a la Superintendencia de Industria y Comercio y las excepciones al deber de informar, entre muchas otras.

En este ejercicio de reglamentación, con el fin de dar cumplida ejecución a la ley (tal y como lo señala la Constitución[9]), el artículo 2 del Decreto 2897 de 2010, compilado en el artículo 2.2.2.30.2 del Decreto 1074 de 2015, dispuso en relación con las entidades que tienen el deber de informar sobre proyectos de regulación, lo siguiente:

> *Para los fines a que se refiere el artículo 7° 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****.*
>
> ***Parágrafo.*** *No estarán sujetos al presente capítulo los organismos y entidades a que se refiere el artículo 40 de la Ley 489 de 1998.* (Negrita y subrayado fuera del original).

Como se ve, entre las autoridades enumeradas en el artículo citado no se incluye ni al Presidente de la República ni al Gobierno Nacional, lo cual inmediatamente excluye que los decretos del orden nacional, expedidos en virtud de las facultades presidenciales dispuestas en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, estén sujetas al trámite de abogacía de la competencia al que se refiere el Decreto 2897 de 2010.

Efectivamente, el artículo del decreto recién señalado que dispone las entidades cubiertas por el régimen que dicho decreto abarca, incluye ministerios y departamentos administrativos, entre otras entidades. No obstante, ninguna de estas entidades expide decretos reglamentarios y por lo tanto no puede decirse que una de las autoridades señaladas en dicho numeral, haya expedido el Decreto 570 de 2018, respecto del cual se solicita la suspensión.

[9] Constitución Política de Colombia, artículo 189, numeral 11.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

SGS CO15/6203

Se tiene en ese orden, que la Constitución Política dispone como competencias del **Presidente de la República,** las de expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Así lo dispone expresamente el ya citado artículo 189 superior, en su numeral 11:

> *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*
>
> *(...)*
>
> *11. **Ejercer la potestad reglamentaria**, mediante la expedición de los **decretos**, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.* (Negrita y subrayado fuera del original).
>
> En ese orden de ideas, se tiene que el Decreto 570 de 2018 dispone de forma expresa en relación con la autoridad y las competencias en virtud de las cuales se expide el acto administrativo, que "[e]*l **Presidente de la República de Colombia**, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral **11 del artículo 189 de la Constitución Política** y los artículos 2° de la Ley 143 de 1994 y 6° y 7° de la Ley 1715 de 2014, y considerando (...) decreta (...)*". (Negrita y subrayado fuera del original).

Es claro a partir de lo anterior, que la autoridad que expide el Decreto 570 de 2018 es el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades y competencias constitucionales, lo cual excluye que dicho acto administrativo haya sido emitido por alguna de las autoridades mencionadas en el artículo 2.2.2.30.2 del Decreto 1074 de 2015.

Debe resaltarse que si bien es cierto, el Decreto 570 de 2018 también fue suscrito por el Ministro de Minas y Energía de la época, ello no implica en forma alguna que el acto administrativo pueda atribuirse como un acto de dicho ministerio.

En efecto, el artículo 115 de la Constitución Política dispone:

> *El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.*
>
> *Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho se hacen responsables.*

En ese orden, si bien el Decreto 570 de 2018 también fue suscrito por el Ministro de Minas y Energía, eso no hace de dicho decreto un acto administrativo que se hubiera propuesto expedir dicho ministerio, pues como se ha señalado, la expedición de los decretos reglamentarios en el orden nacional le corresponde al Presidente de la República, por competencia asignada directamente de la Constitución, los cuales son firmados por los ministros porque en conjunto con el Presidente conforman el Gobierno Nacional, lo cual no puede decirse, según la norma arriba citada, de un ministerio actuando sin el Presidente de la República.

Así las cosas, se tiene que el artículo 2 del Decreto 2897 de 2010, compilado en el artículo 2.2.2.30.2 del Decreto 1074 de 2015, no incluyó ni al Presidente de la República ni al

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/6223

Gobierno Nacional entre las autoridades que debían enviar sus proyectos de regulación a la Superintendencia de Industria y Comercio para una evaluación de la abogacía de la competencia.

Lo anterior, como pasamos a explicar, tiene una razón de ser jurídica y filosófica que explica por qué los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, no se encuentran sujetos al trámite ya referido de la abogacía de la competencia.

2.1. El Presidente de la República es el superior de la Superintendencia de Industria y Comercio y su competencia constitucional para el ejercicio de la facultad reglamentaria debe ser permanente e inmediata y no puede estar supeditada a la voluntad y trámites de otra entidad de menor jerarquía.

Como se señaló arriba el artículo 189 de la Constitución Política dispone que el Presidente de la República es el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y la Suprema Autoridad Administrativa. El mismo artículo dispone con claridad, que las superintendencias forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

En el mismo orden, la Ley 489 en su artículo 38 al disponer la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público, enumeró a las superintendencias, con y sin personería jurídica, como entidades pertenecientes a tal rama de la administración pública, inferiores en jerarquía al Presidente de la República.

Por otro lado, el Decreto – Ley 775 de 2005 dispuso en sus artículos 7 y 10, que los superintendentes son servidores públicos de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

Lo anterior demuestra con claridad que el Superintendente de Industria y Comercio es un empleado público jerárquicamente inferior y dependiente del Presidente de la República.

Así las cosas, no tendría sentido, desde un punto constitucional y político-filosófico, que el Presidente de la República, cuando fuera a expedir una reglamentación para la debida aplicación y ejecución de la ley, tal como lo ordena la Constitución, tuviera que estar sujeto y depender de que se surta un trámite ante una entidad jerárquicamente inferior, que adicionalmente no fue elegida popularmente y que en ese orden, no tiene el mandato directo, tanto del constituyente como del electorado, para ejercer la debida ejecución de las leyes.

Se tiene en efecto, como ya se ha reiterado en el presente documento, que el Presidente de la República tiene la competencia y el mandato, que proviene directamente del constituyente, de expedir los decretos, resoluciones y órdenes *necesarios* para la cumplida ejecución de la ley[10]. Esta disposición tiene un contenido que debe ser entendido con la profundidad con la que siempre la han abordado tanto en el Consejo de Estado, como en la Corte Constitucional, en el sentido que el constituyente le dio una competencia permanente e inmediata al Presidente de la República para adoptar las medidas *necesarias* para la adecuada y debida ejecución de la ley.

Lo anterior quiere decir, como lo ha expuesto reiteradamente el Consejo de Estado[11], que como la competencia para reglamentar las leyes está dada directamente por la Constitución, ni siquiera el legislador puede limitar temporalmente dicha potestad, ni supeditarla al cumplimiento de otros trámites no señalados en la Constitución.

Así las cosas, aun cuando el Congreso de la República establezca un término de por ejemplo 6 meses para que el Gobierno Nacional reglamente alguna ley, esto no puede no

[10] Ibidem

[11] Sentencia Consejo de Estado, 18 de noviembre de 1999 (M.P. Ricardo Hoyos Duque).

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/8723

quiere decir que el Presidente de la República pierda la competencia para reglamentar dicha materia después de pasado tal término.

En ese mismo orden, tampoco es posible que la ley disponga que el Gobierno debe esperar por ejemplo 3 meses antes de reglamentar una ley, pues ello sería violatorio de la competencia *permanente e inmediata* que el constituyente otorgó al Presidente de la República para que este, sin límite de tiempo y directamente, pudiera hacer que las leyes se cumplieran en debida forma.

Si pudiera señalarse una limitación de este tipo al Presidente de la República, se estaría incumpliendo tal mandato constitucional, pues el Gobierno Nacional se encontraría con una barrera para darle cumplida ejecución a las leyes. Esto por supuesto, es explícitamente contrario a la voluntad del constituyente.

En ese mismo orden de ideas, si para el Congreso de la República, quien actúa por un mandato directo de la voluntad popular, encargado por la misma razón de expedir leyes, le está vedado imponer límites temporales o volver mediata la competencia que tiene el Presidente de la República de reglamentar la ley **¿por qué se pensaría que tal atribución si la tendría la Superintendencia de Industria y Comercio?**

En efecto, si se exigiera que el Presidente de la República, de manera previa a expedir un decreto reglamentario, tuviera que acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio, no sólo se estaría sujetando la voluntad del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativo, mandatario de los colombianos, a la voluntad de un subalterno suyo y no elegido por el electorado, sino que también se le estaría dando el poder a dicha Superintendencia para que sujetara la expedición de la reglamentación, a un límite temporal que ni siquiera el Congreso de la República le puede imponer al Presidente de la República para la expedición de la ley.

Efectivamente, aun cuando el concepto que emite la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no es vinculante, tal como lo dispone el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, el trámite para la expedición de tal concepto sí exige unos plazos dentro de los cuales dicha autoridad puede pronunciarse. Así, el Artículo 2.2.2.30.10. del Decreto 1074 de 2015 señala el plazo que tiene la SIC para pronunciarse, los cuales pueden ser 10 o 30 días, según el tipo de reglamentación.

Lo anterior quiere decir que por más eficiente que sea dicha superintendencia, al menos se va a demorar un día evaluando el acto administrativo (suponiendo el caso más extremo de eficiencia posible).

Aun así, esto implicaría, si dicho trámite aplicara para la expedición de decretos reglamentarios por parte del Presidente de la República, un límite temporal para la expedición del acto administrativo, pues tendría que esperar al menos un día (o más según cuanto se demore en analizar la respuesta de la SIC e incluir sus consideraciones en el acto), para poder expedir una reglamentación necesaria para la debida aplicación de la ley. Lo anterior limitaría inmediatamente la *competencia* ***permanente*** que tiene el Presidente de la República para ejercer su facultad reglamentaria, lo cual sería abiertamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico, pues se repite, limitar dicha competencia atemporal del Gobierno Nacional está vedado incluso para el Congreso de la República.

El caso anterior se hace mucho más evidente, si se piensa que en la mayoría de los casos la SIC se va a tomar más de un día en analizar el proyecto de acto administrativo, por lo cual el Presidente de la República tendría que esperar al menos 10 días para reglamentar una ley, lo cual podría conllevar adicionalmente que, en casos de urgencia, ya sea tarde para darle una cumplida ejecución a la ley, lo que haría que el Presidente de la República incumpliera el mandato dado por el constituyente.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/6223

Finalmente en este punto, se debe señalar que el artículo 2.2.2.30.9. del Decreto 1074 de 2015, establece que la entidad que consulte a la SIC, debe incluir en las consideraciones del acto administrativo, las razones por las que, en el evento que suceda, decidió no enviar el proyecto de resolución a la superintendencia.

Se tiene en ese orden, que si dicho trámite se exigiera para los actos emitidos por el Presidente de la República, se vería este dándole explicaciones a una entidad jerárquicamente inferior y dependiente de él, sobre las razones por las que ha decidido expedir un decreto en la forma en que consideró más oportuno.

Se tiene sin embargo que el constituyente decidió que el Presidente, como mandatario del pueblo, pudiera decidir autónoma e inmediatamente, esto es sin que medie otra voluntad de por medio, la mejor forma para reglamentar y hacer aplicable la ley, sin otro límite material que los dispuestos por el legislador y el constituyente, sin que fuera necesario la existencia de un trámite de validación previa de otra entidad, y ni siquiera de los jueces, quienes sólo podrán ejercer sus competencias una vez expedido el acto administrativo.

2.2. Existen multiplicidad de decretos reglamentarios que inmediatamente estarían viciados de nulidad, si se decidiera suspender el decreto 570 de 2018 por supuestamente no haber cumplido con el trámite de abogacía de la competencia ante la SIC.

Como se expuso arriba, el Presidente de la República está expidiendo decretos de forma constante, con el fin de darle debida aplicación a las leyes, pues de otra forma la voluntad del legislador podría ser inocua e inefectiva.

En ese orden, posiblemente todos los días, el Gobierno Nacional expide un decreto que se pudiera pensar que tienen un posible impacto en el mercado y en la competencia. En ese orden, si el Decreto 570 de 2018 hubiera tenido que surtir los trámites de abogacía de la competencia ante la SIC, esto querría decir que todas las semanas dicha superintendencia recibiría varios proyectos de decretos para que surtieran el trámite, pero adicionalmente, una gran cantidad de decretos ya expedidos estarían viciados de nulidad por no haber surtido tal trámite.

Un buen ejemplo de lo anterior es el Decreto 1510 de 2013, por medio del cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Este decreto incluye medidas tales como la forma en que los proponentes para participar en un proceso de contratación pública, deben acreditar su capacidad para ser contratistas y el puntaje que se otorgará a cada proponente. En la misma medida, dispone el decreto en mención la forma en que las entidades estatales deben tener en cuenta las ofertas más favorables.

Podría pensarse, según lo que expone la demandante, que todo lo anterior podría tener un impacto en la competencia, en el sentido que determina la forma en que se va a definir el mercado de los contratistas del estado y las compras estatales, que no tienen un impacto menor en el mercado de bienes y servicios del país.

No obstante lo anterior, este decreto no señala en sus considerandos que se haya pensado tramitar ante la SIC el correspondiente análisis de abogacía de la competencia. No incluye tampoco este decreto, una disposición que explique por qué no se acudió ante tal instancia. Lo anterior aun cuando ya la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2897 de 2010 ya estaban en vigencia.

Más aún, ninguno de los decretos tributarios expedidos después de la ley y el decreto recién citados, han sido consultados con la abogacía de la competencia, aún cuando pueden tener un evidente impacto en la competencia, en el sentido que la aplicación de estos puede incentivar o desincentivar la entrada de nuevos jugadores al mercado o la salida de algunos, así como puede generar diferencias entre algún tipo de sociedades, etcétera.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

ISO 9001 SGS CO16/8223

Tomemos por ejemplo el Decreto 2201 de 2016. Este decreto tributario establece los contribuyentes responsables de ser autor-retenedores del impuesto de renta, imponiendo cargas a algunas sociedades en específico y no estableciendo lo mismo para otras. Podría decirse que ese sólo hecho ameritaría que el decreto haya sido evaluado por la SIC para surtir el trámite de abogacía de la competencia, lo cual por supuesto (y por lo que hemos expresado en este documento), no sucedió.

Como último ejemplo, tenemos que el Decreto 1467 de 2012, por medio del cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012 sobre asociaciones público privadas, también incluye varias disposiciones en las que se señala: la forma en que se tienen que presentar los proponentes, el lugar donde se deben registrar, la bonificación que podrían obtener por no requerir de recursos públicos (lo cual, alguien podría decir, privilegia a empresas con suficiente músculo financiero como para no necesitar recursos públicos, afectando la entrada de competidores), entre otras.

Como se ve, también podría alegarse que este decreto debería al menos analizarse por la SIC, porque hay una *posibilidad* de que tenga impacto en la competencia. No obstante, tampoco hay señales de que dicho decreto haya surtido el trámite antes referenciado en relación con la abogacía de la competencia.

Se tiene en ese sentido, que existen incontables ejemplos como los anteriores, en los que decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, no han surtido el trámite de abogacía de la competencia, lo que indica que si el Decreto 570 de 2018 tendría que haber ido a la SIC para su evaluación, automáticamente todos los otros en una situación similar, estarían viciados de nulidad.

Por el contrario, lo que demuestra esta práctica, es un entendimiento consolidado en el sentido que ni el Decreto 570 de 2018, ni los demás decretos expedidos por el Presidente de la República, deben ser enviados a la SIC para que cursen el trámite de abogacía de la competencia.

2.3. El Decreto 570 de 2018 es un decreto de política pública que, por sí sólo, no genera ningún efecto y que sólo fija un marco para el desarrollo de un mecanismo, con lo cual es jurídicamente imposible determinar que con la expedición del decreto se generó un impacto en la competencia.

Como ya se mencionó, el Decreto 570 de 2018 tiene como finalidad la fijación de unos objetivos de política pública para implementar un mecanismo de contratación a largo plazo para los proyectos de generación de energía eléctrica:

Artículo 2.2.3.8.7.1.- Objeto. Establecer los lineamientos de política pública para definir e implementar un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para los proyectos de generación de energía eléctrica y que sea complementario a los mecanismos existentes en el Mercado de Energía Mayorista.

La aclaración anterior es importante si se tiene en cuenta que los lineamientos de política pública son las bases para la definición de un mecanismo que no se regula en el mencionado decreto. Por lo tanto, dichos lineamientos no tienen la vocación de afectar las condiciones económicas y de competencia bajo las cuales funciona un mercado, sino de establecer las bases para que las autoridades competentes diseñen y emitan las reglas cuyos destinatarios si serán los agentes de ese mercado.

Para una mejor compresión de lo dicho en el párrafo anterior, se deben aclarar que los conceptos de política pública y regulación, aunque se complementan, son diferentes e implican funciones estatales, también, diferentes.

Por una parte, la política pública son objetivos que se fija el Estado para la toma de decisiones de interés general en la que se fijan sus elementos constitutivos, objetivos,

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

ISO 9001 SGS CO15/6223

prioridades y acciones. Al respecto y como lo manifiesta la Corte Constitucional, es preciso indicar que las políticas públicas pueden estar plasmadas en instrumentos jurídicos (leyes, decretos, resoluciones, etc.) y que esta razón no puede confundirlas con la regulación:

El diseño de una política es la etapa central y, en ocasiones más técnica, de la toma de decisiones públicas. Diseñar una política es establecer sus elementos constitutivos, definir la relación entre ellos, ordenar prioridades, articular sus componentes de una manera inteligible para sus destinatarios, programar de qué forma, por qué medios, y a qué ritmo se alcanzarán las metas trazadas. ***Sin duda, el diseño de una política puede ser plasmada en un documento político o en un instrumento jurídico. En el segundo caso, el instrumento puede tener la naturaleza de un acto administrativo o de una ley. Puede concretarse también en normas de rango superior o inferior a los mencionados, pero generalmente se emplean estos dos actos jurídicos.***[12]

Por otra parte, se ha entendido que el concepto de regulación puede entenderse en un sentido general y en un sentido específico. En un sentido general, el concepto de regulación se refiere a la facultad general que tiene el Estado para producir cualquier tipo de norma. Ahora bien, en un sentido específico, regulación solo son las normas mediante las cuales el Estado interviene en la economía para corregir fallas y cumplir las finalidades contenidas en instrumentos políticos o jurídicos superiores. La Sala de Consulta del Consejo de Estado ha reconocido estas dos acepciones del concepto de regulación, así:

El término "regulación" no ha sido definido de forma unívoca por la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, es posible entender este concepto a partir de un sentido general y un sentido específico. (...) La doctrina extranjera, en una concepción general del término regulación, la concibe como una norma jurídica, y por tanto, la actividad de regular como la potestad de promulgar dichas normas. En esta misma dirección, se han pronunciado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. (...) Una segunda aproximación al concepto de regulación propuesta por la doctrina es aquella que la entiende como una forma de intervención del Estado en la economía, postura que también ha sido adoptada por la jurisprudencia colombiana. En este contexto, a través de la regulación se busca corregir las "fallas del mercado", alcanzar los fines del Estado, materializar los principios sociales, garantizar la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios y maximizar el bienestar de los usuarios.[13]

Así las cosas, es indispensable la articulación entre la política pública y la regulación para que aquella tenga vocación de producir efectos un mercado. Por supuesto que existen múltiples regulaciones que no están respaldadas en una política pública o que, por lo menos está, no sea clara. Pero no es posible que una política pública restrinja las condiciones económicas de un mercado si no está acompañada de uno los instrumentos jurídicos que la implementen.

La distinción entre política pública y regulación, también se observa en los documentos de la OCDE, entidad que fija los estándares actualmente vigentes en Colombia para la regulación de mercados, donde se observa una separación clara entre la fijación de objetivos de política y su instrumentalización a través de regulación:

El objetivo de la política regulatoria es asegurar que las regulaciones sustenten el crecimiento económico y el desarrollo, la consecución de objetivos sociales más amplios tales como el bienestar social y la sostenibilidad ambiental, así como también fortalecer el Estado de Derecho. Ella aborda la necesidad permanente de asegurar que las regulaciones y los marcos regulatorios sean justificados, de alta calidad y alcancen los objetivos de las políticas. Ayuda a quienes fijan las políticas a tomar decisiones informadas sobre qué regular, a quién regular y cómo regular. Como una parte integral de un gobierno público

[12] Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[13] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Edgar González López. Rad. 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291).

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/6221

efectivo, la política regulatoria también ayuda a formar la relación entre el Estado, los ciudadanos, los empresarios y la sociedad civil.[14]

En conclusión, teniendo en cuenta que el Decreto 570 de 2018 es un instrumento en el cual se fijan objetivos y lineamientos de política pública, no es posible afirmar que su expedición y su existencia como parte del ordenamiento jurídico colombiano tenga algún efecto sobre las condiciones económicas y de competencia en el mercado en el que participan los diferentes agentes del sector eléctrico. Lo anterior, sobre la línea de la jurisprudencia y de OCDE, teniendo en cuenta que las políticas públicas, independientemente de cómo estén instrumentalizadas, requieren de normas más específicas que las regulen.

Finalmente, y con el objetivo de demostrar lo que ocurrió en la práctica, debe observarse que el Decreto 570 de 2018 estuvo vigente desde el 23 de marzo de 2018, sin que existiera ningún otro instrumento normativo que lo desarrollará hasta la expedición de la Resolución 40791 de 2018, sin producir efectos económicos o de competencia en el mercado donde participan los agentes del sector eléctrico.

3. **El *Mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica,* expresado en el Decreto 570 de 2018, anteriormente en las Resoluciones 40791 y 40795 de 2018, y ahora en las Resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018 no afecta ni limita la libre competencia, sino que por objeto y como efecto, promover y facilitar la libre competencia.**

El *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*, regido por el marco normativo que ha sido expuesto en este documento, no tiene como objeto ni como efecto, limitar el número o variedad de empresas en el mercado, ni limita la capacidad de las empresas para competir, ni reduce incentivos a empresas para competir, que como se explicó arriba, son las causales para determinar si un acto administrativo debe sujetarse al trámite de abogacía de la competencia ante la SIC[15].

Todo lo contrario, las resoluciones buscan incentivar que exista un mayor número y variedad de empresas, al establecer mecanismos para la compra y venta de energía eléctrica, lo cual influye en que lleguen nuevas empresas al mercado, a que las empresas desarrollen nuevas tecnologías y a que se diversifique la forma y los productos con los que compiten en el mercado de energía eléctrica.

Igualmente, con el desarrollo de este mecanismo se aumenta la capacidad y las posibilidades de las empresas de participar en el mercado al crear una forma eficiente de encuentro entre compradores y vendedores.

Los agentes participantes en el mercado de energía eléctrica tienen múltiples mecanismos para comprar y vender dicho producto. Para esto, los participantes del mercado pueden: (i) celebrar contratos bilaterales libremente (siempre y cuando se ajusten a la regulación) o; (ii) acudir a la bolsa de energía para comprar y vender este producto.

Las normas que regulan objeto de reproche en el proceso de la referencia (y las nuevas expedidas que como se ha señalado no son parte de este proceso), agregan un tercer mecanismo para que los agentes del mercado puedan comprar o vender energía, siempre y cuando tengan la voluntad de cumplir con las características especiales de este mecanismo.

[14] Regulatory policy and governance. Supporting economic growth and serving the public interest, OCDE, 2011, p. 7.
[15] Artículo 2.2.2.30.3. del Decreto 1074 de 2015

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/8223

Se tiene en ese orden, que estos actos administrativos no tienen la capacidad ni la autoridad para restringir o limitar la libre competencia en este mercado, toda vez que quienes no participen en la subasta, siempre tendrán la posibilidad de acudir a la contratación bilateral para la compra y venta de energía eléctrica.

Adicionalmente, este mecanismo no restringe ni limita la capacidad de los participantes en el mercado de energía eléctrica, para comprar y vender a través de la bolsa de energia.

Como se ha explicado, este es sólo un mecanismo adicional para la compra y venta de energía eléctrica, por lo que las características señaladas para la participación en el proceso, en nada afectan o limitan la posibilidad de que los participantes en el mercado de energía, puedan comprar, vender y en general participar en este mercado libremente.

Este caso por lo tanto es perfectamente asimilable a la contratación estatal (aun cuando no es un proceso de contratación pública), en el sentido que en dichos procesos también se determinan, a través de actos administrativos de carácter general que adoptan los pliegos de condiciones, las características que establecen la idoneidad de las personas y los productos que la administración pública requiere.

Estos actos administrativos, disponen de condiciones y características que hacen que determinados agentes o productos del mercado no puedan participar en el proceso de contratación, puesto que no cumplen con condiciones que el Estado ha establecido como adecuadas de acuerdo con la política pública y las necesidades de ese momento.

No obstante, todos los actos administrativos que regulan la contratación estatal (incluyendo los pliegos de condiciones, que son actos administrativos de carácter general), aun cuando tienen este efecto excluyente de participantes, no son sujetos al trámite de abogacía de la competencia. La razón de ser de esto, en nuestra consideración, es la misma razón por la cual estas resoluciones tampoco deberían estar sujetas a este trámite, esto es, porque son actos administrativos que no excluyen a participantes del mercado, sino sólo de un proceso específico, lo cual en forma alguna significa que puedan vender y comprar libremente sus productos y servicios en el mercado.

4. No se han cumplido los requisitos para que se decrete una medida cautelar

De conformidad con el Artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es requisito para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional, que del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, se concluya una violación de las normas invocadas.

Como se ya se demostró arriba, esto no sucede en el presente caso, en el que se pidió especificamente la suspensión provisional de los actos administrativos. Aún cuando en estricto sentido, las demás causales aplican únicamente, según el artículo en cita para *los demás casos*, es decir para lo que no son solicitud de suspensión provisional, se efectúa el análisis respecto de los demás elementos.

4.1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho*

Como se ha demostrado arriba, la demanda no está razonablemente fundada en derecho, toda vez que esta no cuenta con apariencia de buen derecho, en el sentido que se ha demostrado que no existe una argumentación jurídica y fáctica conforme a la cual se demuestre que las normas demandadas tuvieron que ir a la abogacía de la competencia y no fueron, así como en el sentido que la solicitud de medidas cautelares carece de objeto en relación con las normas atacadas.

4.2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o los derechos invocados y que el demandante haya presentado*

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar, que concederla.

Como se señaló arriba, la solicitud de medidas cautelares únicamente basa su ejercicio argumentativo y probatorio, en señalar que la SIC expuso algunos comentarios en relación con el decreto y de las razones por las que en consideración de dicha entidad, el decreto posiblemente debía ir a abogacía de la competencia. Teniendo en cuenta que esto ya se demostró erróneo más arriba, no le quedan más argumentos a la demandante para exponer su posición, toda vez que no señaló ningún desarrollo en ningún momento argumento para demostrar de forma específica, que las resoluciones atacadas tenían un impacto negativo en la competencia.

4.3. *Sobre el perjuicio irremediable*

Sobre la condición del inminente perjuicio irremediable, el demandante no solo no prueba esa condición, sino que dicho ejercicio conlleva a cotejarse con la apariencia de buen derecho. Es decir, no puede ser una mera eventualidad a partir de lo cual puede presentarse un perjuicio, porque de lo contrario cualquier fase o desarrollo de un proceso de enajenación podría considerarse como una amenaza de un perjuicio irremediable.

Cotejar la apariencia del buen derecho conlleva entonces a analizar el proceso comparándolo con las normas superiores. En el presente caso el demandante plantea que la operación está próxima a completarse, pero desconoce por completo que no existen verdaderos argumentos en relación con que los actos debían surtir el trámite de abogacía de la competencia. Por lo tanto no solo no se presenta el elemento de la urgencia sino que es buen derecho es evidente

El simple hecho de que una situación jurídica se vaya a consumar, no debe *per se* ser amenaza de perjuicio porque de serlo así, sería contrario al principio de legalidad de los actos administrativos y en el caso particular, cualquier desarrollo del proceso de enajenación se podría considerar como un argumento para decretar una medida cautelar.

Lo anterior convertiría a las medidas cautelares en instrumentos de parálisis de la administración pública. Mucho más peligroso sería decretar una medida de esa naturaleza cuando la presunción de legalidad no ha sido desvirtuada.

La celebración de un contrato, la adjudicación de una licitación o cualquier acto de la administración podrían verse interrumpidos por parte de un demandante insatisfecho que presentara una demanda antes de la adjudicación o celebración respectiva. Ergo, nuevamente la importancia de resaltar el principio de legalidad y la presunción de legalidad de los actos administrativos.

El requisito de perjuicio irremediable entonces se presentaría en todos los casos en que fuera a concretarse un negocio jurídico, lo cual significaría que en todos los procesos se tendría que tener un aval previo de un juez para poder concluir el mismo, bajo la excusa de que si se concreta el negocio jurídico, se generaría un perjuicio irremediable. Este argumento resaltar por lo absurdo, pues si así fuera, se paralizaría la administración pública.

4.4. Suspender puede resultar mucho más gravoso que no suspender

Como se ha demostrado arriba, no existe una fundamentación jurídica que permita desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados y sobre los cuales recae la solicitud de medida cautelar. En ese orden, de suspender el proceso y resultar con posterioridad que no se ha desvirtuando la presunción de legalidad de la que gozan dichos actos administrativos, se corre el enorme riesgo de que proyectos energéticos necesarios

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

CO15/6223

y definitivos para la matriz energética colombiana, no puedan entrar a tiempo, lo que aumenta el riesgo y la vulnerabilidad del país al fenómeno del niño, además de la confiabilidad en el mercado colombiano.

Significa esto que decretar la medida cautelar, sin total certeza de que se haya desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo, puede ser mucho más gravoso que decretarla. Lo anterior teniendo en cuenta que se ha demostrado, en este escrito y en la oposición a las medidas cautelares, que no le asiste razón a la demandante en relación con sus argumentos, los cuales adicionalmente, no cumplieron con la carga argumentativa y probatoria adecuada.

II. PETICIÓN ESPECIAL

De conformidad con los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el presente documento, me permito solicitar muy respetuosamente al Honorable Consejero, que declare como infundada la solicitud de impulso procesal de la Demanda y con ella, de la Solicitud de Medidas Cautelares presentada por la Actora el día 29 de enero de 2019.

III. NOTIFICACIONES

El Ministerio de Minas y Energía las recibirá en la Calle 43 N° 57-31 (Avenida el Dorado CAN, Edificio del Ministerio de Minas y Energía), quinto piso, en la ciudad de Bogotá D.C., Teléfono 2200300 ext. 2514, notijudiciales@minminas.gov.co o al fax 2201391.

Del H. Consejero,

Respetuosamente

Carlos Alberto Álvarez Pérez
C. C. N° 7713138 de Neiva
T. P. N° 152629 del C. S. J.

Calle 43 No 57-31 CAN Bogotá, Colombia
Conmutador (57 1) 2200 300
Código postal 111321
www.minminas.gov.co

ISO 9001 SGS CO15-6233