



Circular 40025
29 SEP 2023

Bogotá, D.C.

DE: MINISTRO DE MINAS Y ENERGÍA

PARA: XM S.A. E.S.P Y EMPRESAS GENERADORAS Y COMERCIALIZADORAS QUE SUSCRIBIERON CONTRATOS DE SUMINISTRO DE ENERGÍA MEDIA ANUAL A LARGO PLAZO CON OCASIÓN DE LAS SUBASTAS CLPE NO. 02-2019 Y 02-2021.

ASUNTO: EFECTOS DE LA NULIDAD DECLARADA POR EL CONSEJO DE ESTADO AL DECRETO 570 DE 2018.

Mediante la presente Circular se informa a XM S.A. E.S.P y empresas generadoras y comercializadoras que suscribieron contratos de suministro de energía media anual a largo plazo con ocasión de las subastas CLPE no. 02-2019 y 03-2021, la interpretación de este Ministerio sobre el alcance de la decisión proferida por la Sección Tercera (Subsección C) del Consejo de Estado el pasado 14 de junio de 2023, por la cual se declaró la nulidad del Decreto 570 de 2018 y las Resoluciones 407913 y 407954 de 2018.

1. Sobre los efectos en el tiempo de la sentencia proferida por la Sección Tercera (Subsección C) del Consejo de Estado el pasado 14 de junio de 2023:

Con base en lo establecido en el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, según el cual “[L]a anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos sólo producirá efectos hacia el futuro” así como los fallos emitidos por el Consejo de Estado¹, es del entendimiento de este Ministerio que los efectos de los fallos de nulidad de actos administrativos de carácter general son a futuro o *ex nunc*, esto es a partir de su declaratoria, en especial las normas de carácter que precisan materias específicas de regulación, tal como es el caso de los actos administrativos referente a los servicios públicos domiciliarios.

Bajo este contexto, estos efectos a futuro de las declaratorias de nulidad de los actos no desconocen las situaciones jurídicas consolidadas que se hayan generado en vigencia de las normas declaradas nulas, revestidas de la presunción de legalidad² y respaldado por principios constitucionales como los de confianza legítima, la buena fe y la seguridad jurídica³.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 19 de julio de 2023, Exp. No. 26302; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de septiembre de 2014.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 07 de noviembre de 2012, Expediente 18414.

³ Corte Constitucional Sentencia C-066 de 1997.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.





En consecuencia, los contratos de suministro de energía eléctrica suscritos durante la vigencia del Decreto 570 de 2018 y las resoluciones del MME y de la CREG que definieron y reglamentaron las condiciones de las subastas y los contratos adjudicados y suscritos derivados de dichas subastas, desarrollados en aplicación o en el marco de estos reglamentos y actos administrativos de carácter general, se tienen por plenamente legítimos y no adolecen de ninguna invalidez o ineficacia como consecuencia de fallo del Consejo de Estado. Entre otras cosas, considerando lo establecido en el artículo 38 de la Ley 157 de 1987, en el cual se describe que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

2. La vigencia de la Resolución 40590 de 2019:

Si bien es cierto que la decisión proferida por la Sección Tercera (Subsección C) del Consejo de Estado el pasado 14 de junio de 2023 dejó sin efectos jurídicos el Decreto 570 de 2018 y las Resoluciones 407913 y 407954 de 2018, no se puede desconocer que la Resolución 40590 de 2019, en la cual se sustenta todo el régimen de subastas de los contratos de suministro a largo plazo y su administración por el ASIC, no fue declarada nula por la sentencia del 14 de junio de 2023 del Consejo de Estado⁴.

Lo anterior, cobra aún más contundencia si se tiene en cuenta que dicha sentencia, precisó y aclaró que la Resolución 40590 de 2019 sí cumplió con el trámite de la abogacía de la competencia y, por ende, derogó y subsanó los vicios de las resoluciones 40791 de 2018 y 40795 de 2018, al señalar que:

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

Por lo tanto, esta Cartera Ministerial no encuentra fundamento alguno para alegar fundadamente la imposibilidad jurídica de XM para administrar las garantías, así como la pérdida de eficacia de las resoluciones CREG 107 de 2019 y 186 de 2021, máxime si se advierte que la competencia de XM de administrar las garantías tiene sustento en el artículo 5 de la Resolución 40590 de 2019, modificado por el artículo 1 de la Resolución 40678 de 2019, en virtud del cual:

⁴ Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00164-00 (62492)

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.





4 0 0 2 5

2 9 SEP 2023

ARTÍCULO 5o. SEGUIMIENTO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Resolución 40678 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Teniendo en cuenta que la energía que se asignará como resultado de la aplicación del mecanismo de que trata la presente resolución contribuirá al cumplimiento de los objetivos de política establecidos en el artículo 2.2.3.8.7.3 del Decreto 1073 de 2015, adicionado por el Decreto 0570 de 2018, la CREG podrá designar al ASIC como el administrador de la garantía de puesta en operación de los proyectos de generación que resulten adjudicados en dicho mecanismo, conforme al régimen y a la naturaleza jurídica que le aplica.

El ASIC u otra entidad especializada, podrá encargarse de las actividades que implican la administración centralizada de los contratos y de las garantías, de acuerdo con lo que defina el Ministerio de Minas y Energía para estos efectos. En este caso, todos los agentes que resulten adjudicados con contratos mediante el proceso de que trata el artículo 24 de la presente resolución, estarán obligados a aceptar regirse por el mecanismo de administración centralizada de contratos y garantías, así como a cubrir los costos que indique la entidad encargada de la administración centralizada. Dichos costos deberán ser autorizados de manera previa por el Ministerio de Minas y Energía.

Análogamente, la Resolución 107 de 2019 está fundamentada en el:

“cumplimiento de los mandatos señalados mediante las Resoluciones número 40590 de 2019 y 40678 de 2019 del MME, esta resolución define la garantía asociada a la puesta en operación comercial de los proyectos de generación para los vendedores que resulten adjudicados del mecanismo de contratación de largo plazo definido por el Ministerio de Minas y Energía.

Igualmente, la Resolución 186 de 2021 está fundamentada en el:

“cumplimiento de los mandatos contenidos en las Resoluciones 4 0590 de 2019, 4 0678 de 2019 y 4 0141 del MME, esta resolución define la garantía asociada a la puesta en operación comercial de los proyectos de generación para los vendedores que resulten adjudicados del mecanismo de contratación de largo plazo definido por el Ministerio de Minas y Energía.

De esta manera, pretender que la Resolución 40590 de 2019 (y la Resolución 40678 del mismo año, por medio de la cual se modificaron algunas de sus disposiciones) se ha(n) visto afectada(s) en su eficacia o validez, pese al expreso pronunciamiento judicial en sentido contrario, plasmado en el fallo de 14 de julio de 2023 del Consejo de Estado, supondría una comprensión que no comulga con la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos (artículo 91 de la Ley 1437 de 2011).

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.





Esto, debido a que supone ignorar que, como ha sido destacado por la jurisprudencia administrativa, la legislación nacional *“ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensables para la existencia del acto”*⁵; de suerte que, como destaca la doctrina, *“[n]o toda desaparición del elemento jurídico lleva a la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo”*⁶; **debe tratarse de un elemento esencial o presupuesto no solo fundamental, sino indispensable para la existencia del acto.** (Subraya y resaltado fuera de texto)

Es claro, entonces, para el Ministerio de Minas y Energía que la precitadas Resoluciones (No. 40590 y 40678 de 2019 del Ministerio y No. 107 de 2019 y 186 de 2021 de la CREG) no han sufrido alteración alguna en su eficacia. Lo anterior, debido a que el Decreto 570 de 2018 no ostenta el carácter de presupuesto indispensable para la expedición de las Resoluciones 40590 de 2019 y CREG 107 de 2019 y 186 de 2021 en la medida en que el mismo tan sólo puntualizó objetivos preexistentes en el sector energético, como se deduce de la lectura de los artículos 2, 3, 4, 6, 20 y 33 de la Ley 143 de 1994; artículo 67 de la Ley 142 de 1994; artículos 2 y 6 de la Ley 1715 de 2014; artículo 296 de la Ley 1955 de 2019; artículo 2 y 6 de la Ley 1931 de 2018; artículos 1, 2, 4 y 9 de la Ley 697 de 2001; y por último, el artículo 2 del Decreto 381 de 2012.

Por tanto, XM sí está habilitado para administrar las garantías de FPO, así como es claro para esta entidad que las Resoluciones CREG 107 de 2019 y 186 de 2021 siguen vigentes y producen plenos efectos.

3. Sobre la competencia de la Comisión para regular las condiciones de las garantías en operación de los proyectos adjudicados en las subastas desarrolladas en el 2019 y 2021:

Para el Ministerio es necesario dar claridad sobre el alcance que reviste la definición de las condiciones descritas en las Resoluciones CREG 107 de 2019 y 186 de 2021, en el sentido de mencionar que la base de las competencias para sus expediciones están fundamentadas en normas constitucionales (artículo 365 y 370) y legales (artículo 2, 3 y 74 de la Ley 142 de 1994 y los artículos 2 y 4 de la Ley 143 de 1994, entre otros) en cumplimiento de lineamientos de política pública

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 1 de agosto de 1991 (Rad. No. 949).

⁶ JAIME O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Compendio de Derecho Administrativo*, 2ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2023, p. 731.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.





descritos en Decretos como el 570 de 2018. Es decir, las competencias de la Comisión no se definen con base en las normas declaradas nulas sino revisten de presunción de legalidad, considerando que fueron expedidas en el marco de las funciones atribuibles a la Comisión como entidad reguladora del sector eléctrico colombiano, cuyas facultades están descritas en normas legales. Por ende, la política no faculta a la Comisión para desarrollar la regulación, sino es ésta es producto de las facultades legales dadas a la Comisión⁷. Sus competencias, se reitera, vienen de la Ley, conforme se aprecia también en el artículo 48 de la Ley 489 de 1998; no de una política o de un decreto que fija lineamientos u orientaciones teleológicas para el sector.

4. Sobre la cláusula general de competencia de la ASIC

Para el Ministerio de Minas y Energía, no se puede desconocer que el párrafo primero del artículo 167 de la Ley 142 de 1994, estableció una cláusula general de competencia para el Administrador del Sistema cuando dispuso: “[L]a empresa encargada del servicio de interconexión nacional organizará el centro nacional de despacho como una de sus dependencias internas, que se encargará de la planeación y coordinación de la operación de los recursos del sistema interconectado nacional y administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, con sujeción a las normas del reglamento de operación y a los acuerdos del consejo nacional de operación.”

Esta atribución que fue reglamentada por el Decreto 848 de 2005, que autorizó la creación de una sociedad anónima prestadora de servicios públicos, del orden Nacional, de carácter comercial para el desarrollo las funciones asignadas al Centro Nacional de Despacho relacionadas con la planeación y coordinación de la operación de recursos del sistema interconectado nacional y la administración del sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, así como la liquidación y administración de los cargos por uso de las redes del sistema interconectado nacional.

Bajo este contexto normativo, la Resolución CREG 078 del 6 de julio de 2005, le encargó a XM S.A. E.S.P. las funciones de Administración del Sistema de

⁷ Las sentencias C-066 de 1997, C-272 y C-444 de 1998 y C-1162 de 2000, la Corte Constitucional puso de presente que "las funciones de las Comisiones de Regulación pueden provenir, bien de la asignación directa por parte de la ley, esto es, por adscripción, o ya por delegación del Presidente de la República, previa autorización de la ley". Sentencia C-150 de 2003

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



Intercambios Comerciales -ASIC-, dentro de las cuales se incluyen el registro de fronteras comerciales, de los contratos de energía a largo plazo, la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos, contratos, transacciones y en general todas las obligaciones que resulten por el intercambio de energía en bolsa, para generadores y comercializadoras, entre otras.

En consecuencia, es incuestionable que XM, en su calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-, se encuentra plenamente facultado en virtud de la cláusula general de competencia y, específicamente en la reglamentación analizada, para administrar las garantías que se derivan de los contratos de suministro de energía y de las resoluciones MEE 40590 de 2019 y CREG 107 de 2019 y 186 de 2021.

5. Conclusiones:

De todo lo dicho anteriormente para este Ministerio, se debe concluir que:

- I) Los contratos de suministro de energía eléctrica suscritos durante la vigencia del Decreto 570 de 2018 y las resoluciones del MME y de la CREG están sometidos al régimen legal vigente al momento de su celebración;
- II) El fallo del 14 de junio de 2023 de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene efectos *ex nunc* o a futuro y no afecta situaciones jurídicas consolidadas (como las que resultan de contratos o convenios debidamente celebrados);
- III) XM sí está habilitado para administrar las garantías de FPO por virtud del artículo 5 de la Resolución 40590 de 2019, modificado por el artículo 1 de la Resolución 40678 de 2019, puesto que estos actos en absoluto han visto afectada su eficacia;
- IV) Las Resoluciones CREG 107 de 2019 y 186 de 2021 siguen vigentes y producen plenos efectos.

Atentamente,

OMAR ANDRÉS CAMACHO MORALES
Ministro de Minas y Energía

Proyectó: Tomás Restrepo/Silvia Navia / Héctor Santaella
Revisó: Jorge Eduardo Salgado A.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.

Reporte cualquier irregularidad en el correo electrónico lineaetica@minenergia.gov.co
Calle 43 No. 57 - 31 CAN Bogotá, Colombia - Código Postal 111321
Conmutador (57 1) 2200300 - Línea gratuita nacional 01 8000 910180
www.minenergia.gov.co