



**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: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD**

**NOTIFICACIÓN**

**MEDIDAS CAUTELARES**

La suscrita Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, obrando de conformidad con los artículos 291 del Código General del Proceso y 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **NOTIFICA** al **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA**, 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 correr traslado a la parte accionada del escrito de medidas cautelares previas, a fin de que se pronuncie sobre tal solicitud.

Para el efecto, dispondrá del término de cinco (5) días contados a partir del siguiente a la fecha de entrega de la presente comunicación, y se acompaña copia de la solicitud de medidas cautelares y del auto que ordenó correr su traslado.

Entregado en la ciudad de \_\_\_\_\_, a los \_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

  
**MARIA ISABEL FEULLET GUERRERO**  
Secretaria

El Notificado: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Teléfono: \_\_\_\_\_

Fecha: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

El Notificador: \_\_\_\_\_



21

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

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

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

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR-Traslado CPACA.

**CÓRRESE** traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella dentro del término de cinco (5) días, de conformidad con el inciso 2° del artículo 233 del CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**



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 INQUE**

CONSEJO DE ESTADO  
Por Autoación de 1577/10 porfiles a las partes lo  
previsto en el artículo 107

30 NOV 2010 12: 28:08 a.m.

SECCION TERCERA  
SUBSECCION C

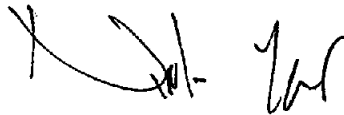
CONSEJO DE ESTADO

Sala de lo Contencioso Administrativo

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

En Bogotá, Dic 5/10  
Instituto al Procurador Delegado ante el  
Consejo de Estado la providencia anterior.



Señores  
**HONORABLES CONSEJEROS**  
CONSEJO DE ESTADO  
E. S. D.

**Demandante:** IVONNE ADRIANA DIAZ CRUZ  
**Demandada:** LA NACIÓN (Ministerio de Minas y Energía)  
**Medio de Control:** Nulidad Simple.  
**Referencia :** **Solicitud de Medida Cautelar**

IVONNE ADRIANA DIAZ CRUZ, vecina de Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en nombre propio como Ciudadana Colombiana, por medio del presente escrito, atentamente me permito solicitar el **DECRETO** de las siguientes medidas cautelares por incumplimiento del procedimiento de abogacía de la competencia para la expedición de tres (3) actos administrativos, conforme paso a sustentar a continuación:

### MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS

Las medidas cautelares que se invocan son las establecidas en los numerales 2º y 3º del artículo 230 del CPACA, el cual establece

*“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*

[...]

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

“3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo” (...)  
(subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, las medidas cautelares solicitadas buscan (i) la suspensión de un procedimiento administrativo de carácter contractual; y (ii) la suspensión provisional de los actos administrativos demandados dentro del proceso de la referencia.

A continuación se exponen los fundamentos para cada una de las medidas cautelares solicitadas.

62492

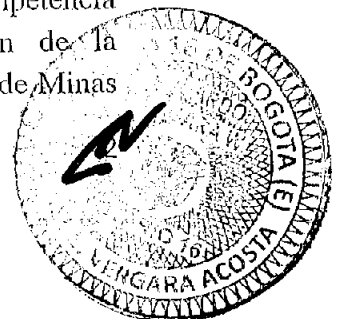
## ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS

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."*

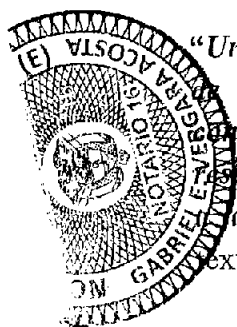
En adelante los "Actos Administrativos Demandados" o los "Actos Demandados"

### ANTECEDENTES GENERALES PARA LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS: INCUMPLIMIENTO DE LA REMISIÓN DEL PROYECTO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS PARA CONCEPTO DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

1. 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).
2. Uno de los considerandos de ese Proyecto, disponía que: *"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). (Ver prueba Nro. 1.2 demanda principal)
3. Conocido el proyecto de acto administrativo descrito en los hechos anteriores por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio -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, mediante el cual advirtió que a juicio de esa Entidad y a diferencia de lo 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 concepto previo, así:



*“Una vez analizado de manera preliminar el Proyecto, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que algunas de las preguntas contenidas en el cuestionario de Abogacía de la Competencia (...) podrían responderse de manera afirmativa, lo cual activaría la obligación de remitir el Proyecto a la Superintendencia de Industria y Comercio (...).”* (Resaltado fuera del texto original)

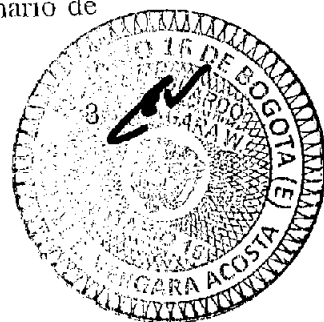
4. También llamó la atención la SIC ya desde esa fecha que:

*“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.”* (Resaltado fuera del texto original) (Ver prueba Nro. 1.5 demanda principal)


5. 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:

*“Una vez sea ajustado el Proyecto, con base en los comentarios recibidos y los análisis adicionales que se desarrollen, será evaluado y ajustado y se procederá con 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. (Ver prueba Nro. 1.6 demanda principal)

6. En ese mismo oficio del 9 de febrero de 2018 con radicado 2018009724, el MME no se limitó a expresar como 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, e igualmente 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 sean 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, 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) (Ver prueba Nro. 1.6 demanda principal)



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.

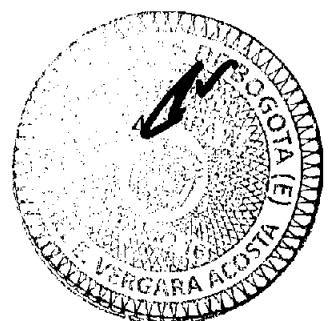
8. La respuesta contenida en las dos comunicaciones es completa y detallada en cuanto a los aspectos estructurales del proyecto de acto administrativo potencialmente lesivos de los postulados de la competencia económica en el mercado relevante de energía, a manera de ejemplo el oficio 18-69285-4-0 del 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, pues 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).

9. Seguidamente, esta comunicación, que se anexa como prueba, hace un análisis pormenorizado de cada uno de los aspectos y criterios de la encuesta 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 en la competencia con la expedición de la norma que se proponía el MME eran que la misma:

- i. Otorga derechos exclusivos a una empresa para prestar servicios o para ofrecer bienes.





- ii. Establece de 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.



10. Finalmente, la SIC le pone de presente al MME, de manera bastante clara por demás, que las consecuencias de nulidad que acarrearía la no remisión del Proyecto para concepto previo de abogacía de la competencia, 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 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 en lo que deben fundarse” (Negrillas fuera del texto original) (Ver prueba Nro. 1.8 demanda principal).*

11. 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.” (Ver prueba Nro. 1.2 demanda principal)*

12. En las consideraciones del Decreto 570 de 2018 al igual que en el Proyecto, y a pesar de las advertencias de la SIC, se sigue leyendo lo siguiente: *“Con base en lo*



establecido en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010 reglamentario de la Ley 1340 de 2009, compilado por el Decreto 1074 de 2015, se respondió el cuestionario establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio para efectos de evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados, donde aplicando las reglas allí previstas, la respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida en que no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia." (Ver prueba Nro. 1.2 demanda principal)

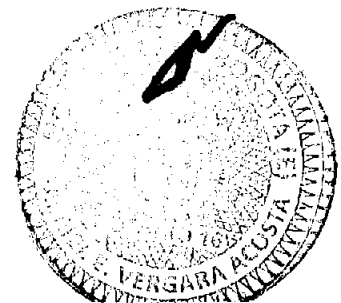
Después de revisadas las memorias justificativas del Decreto, siendo éste el único documento en el que consta alguna referencia a la respuesta a las preguntas de la SIC, se lee que el MME se limitó a responder negativamente, sin fundamentar sus respuestas en estudios previos y sin ofrecer ninguna explicación, ni siquiera porque el Decreto 2987 así lo exige:

*"ART. 6°—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:*

(...)

*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).

14. La anterior afirmación la incluyó el MME en las consideraciones del Decreto 570, no obstante el acto administrativo incorpora en el ordenamiento los elementos relevantes sobre los cuales la SIC advirtió sobre incidencias negativas en la libre competencia económica de los mercados, vulneración que con la expedición de la norma pasó de potencial a actual.
15. El MME en respuesta a las advertencias y solicitud de remisión del Proyecto a 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 que, a pesar de los contundentes llamados de atención de la Superintendencia, no consideraba ni veía afectaciones a la competencia ni en el proyecto inicial, ni en la nueva versión modificada por el MME.
16. 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"* (Ver prueba Nro. 1.9 demanda principal).



17. Efectivamente, 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*”, sin que tampoco ese acto administrativo que implementa el mecanismo que desarrolla las políticas viciadamente trazadas mediante el Decreto 570 de 2018, hubiese sido sometido a concepto previo de la SIC, no obstante introducir cambios significativos y disruptivos en el mercado 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. (Ver prueba Nro. 1.3 demanda principal)

18. 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 había respondido de manera negativa todas las preguntas del cuestionario de Abogacía de la Competencia:

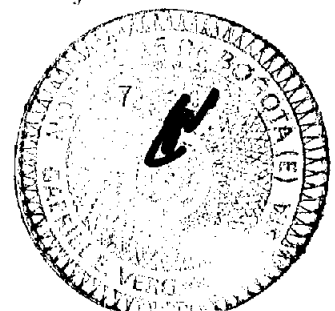
*“Que conforme a lo señalado en el Decreto 1074 de 2015 no se informó de esta Resolución a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) por cuanto, se respondió el cuestionario establecido por dicha entidad para efectos de evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados, aplicando 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.”*

19. En la memoria justificativa de este proyecto de resolución también se incluyó el cuadro mediante el cual presuntamente se responde a las preguntas de la SIC para decidir si el Proyecto debía someterse o no al concepto de abogacía de la competencia. Al respecto, se resalta el hecho de que en esta oportunidad, el MME se limita a responder negativamente, cambiando el lenguaje de la pregunta a respuesta, e incluyendo su sentido negativo

20. También brilla por su ausencia cualquier referencia a los documentos y estudios que sustentan las determinadas respuestas, circunstancia que se opone tajantemente a su deber legal, contemplado en el numeral 3° Artículo 6° del Decreto 2897 de 2009.

21. 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.*”, en este caso el MME omitió en las consideraciones del acto administrativo 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. (Ver prueba Nro. 1.4 demanda principal)

22. Las resoluciones 40791 y 40795 concretan en el ordenamiento las afectaciones a la competencia económica que por medio de lineamientos de política pública introdujo el Decreto 570 del 23 de marzo de 2018.



23. Lo anterior, quiere decir que en el proceso de precalificación y calificación previo 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.

24. Esta afectación, palmaria y particular a la libre competencia, que inicia con el Decreto 570 de 2018 y se instrumentaliza a través de las Resoluciones 40791 y 40795 del mismo año, 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.

25. 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 precalificación que es previo a la subasta, en detrimento de los proyectos de generación no clasificados como no convencionales.

26. No obstante el grado de materialización de afectación a la competencia económica que comportan las Resoluciones 40791 y 40795 de 2018, tampoco estas fueron remitidas a la SIC para concepto previo, como lo ordenan las normas de Abogacía de la Competencia, particularmente el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

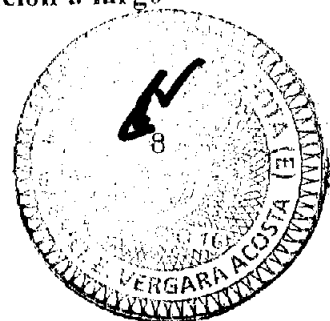
27. **Es más, la Resolución 40795, el MME ni siquiera deja constancia en los considerandos, si respondió al cuestionario contenido en el artículo. 2.2.2.30.6. del Decreto 1074 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo).**

28. Lo mismo sucede en su memoria justificativa, en la cual brilla por su ausencia cualquier mención sobre su afectación a la libre competencia.

29. El artículo 2° de la Resolución 40795 dispone que la UPME contará con un plazo de dos meses, a partir de la fecha de expedición de dicha resolución, para publicar el pliego de bases y condiciones para la subasta de contratación. Es decir, a más tardar el 1° de octubre de 2018.

30. Adicionalmente, conforme lo dispone el artículo 3° de la Resolución 40795 de 2018, el MME ordena que la UPME implemente el proceso de adjudicación de la subasta de contratación, en un plazo no mayor a cinco (5) meses a partir de la fecha de expedición de la publicación. Es decir, a más tardar el 2° de enero de 2019.

31. 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 esos artículos 2° y 3° de la Resolución 40795, expidió la Circular Externa número 028-2018, **mediante la cual efectivamente fijó como fecha de realización de la subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica, el día 2 de enero de 2019.**



32. Es decir, nos encontramos a casi apenas tres (3) meses de que se celebre esta primera subasta, circunstancia que requiere una inmediata actuación del juez contencioso administrativo.

## SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE SUBASTA DE CONTRATACIÓN A LARGO PLAZO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

En relación a los requisitos para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de una actuación administrativa, establece el artículo 230 del CPACA que esta procederá cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción. En todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda sanar el procedimiento o actuación sobre la cual recae la medida.”

Igualmente, el artículo 231 del CPACA establece como requisitos para decretar medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional, los siguientes:

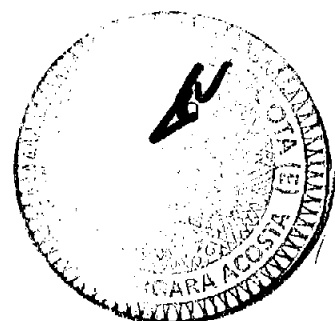
*“Artículo 231. [...] En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:*

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los 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.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
  - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
  - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”*

A continuación se procederá a explicar cómo es que en el presente caso se cumplen todos y cada uno de los requisitos para la procedencia de esta medida cautelar

### A. No existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que da lugar a su adopción

Como bien se sabe, uno de los actos administrativos demandados es la Resolución 40795 de 2018 “Por la cual se convoca a la primera subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación”.



Según pudo observarse en el capítulo de antecedentes generales, la primera convocatoria a la subasta dentro de este procedimiento de contratación fue fijada para el próximo 2 de enero de 2019.

En esa medida, una vez surtidas estas actuaciones ya se materializaría un procedimiento contractual que está viciado porque los actos administrativos que dieron lugar a ellos, indefectiblemente lo están.

Como ya tuvo oportunidad de señalarlo el Consejo de Estado dentro de una demanda donde se encontraba también la inminencia de una fecha para una subasta:

*“d) En ese sentido, en este caso, la parte actora, integrada por varios ciudadanos, pretende que el juez de lo contencioso administrativo dicte una sentencia que dictamine si la enajenación de las acciones de Isagén ordenada por los decretos 1609 y 2613 de 2013 se ajusta completamente a la Constitución y a la ley. Pero sucede que el próximo 19 de mayo, según las informaciones que dan los propios demandantes y que son de público conocimiento, iniciará la subasta, acto con el que podría prácticamente culminar la transferencia de esos bienes de forma definitiva a los inversionistas interesados en ellos.*

*e) Los procesos judiciales acumulados a que se ha hecho referencia en este auto no están en condiciones de recibir sentencia todavía. Aún dando preferencia al trámite judicial correspondiente, el fallo podría recaer en no menos de dos a tres meses. Y de recaer una sentencia en favor de las pretensiones de nulidad, se podría producir un efecto mucho más caótico frente a la seguridad jurídica que los simples efectos de una suspensión de los plazos para adelantar el procedimiento de venta de las acciones.”<sup>1</sup>*

Por ende, con el fin de evitar un efecto mucho más caótico, como sería retrotraer este proceso de contratación, cuando seguramente ya estarán los contratos adjudicados, y siendo que todavía faltará un tiempo para que se profiera sentencia, resulta inminente suspender este procedimiento de convocatoria que se originó con la Resolución 40795.

### **B. La demanda está razonablemente fundada en derecho**

Como puede apreciarse tanto en la demanda como en el presente escrito, los Actos Administrativos Demandados fueron expedidos en flagrante violación a las más elementales normas para la expedición y trámite de actos administrativos regulatorios, como es el de la remisión para el concepto de abogacía de la competencia.

Se insiste; el MME incumplió el deber de remitir para concepto previo de abogacía de la competencia, una serie de actos administrativos cuya entrada en vigencia sí genera efectos para la libre competencia en Colombia. De ahí que haya contravenido el ordenamiento jurídico en ese aspecto, y, además, se haya expedido de forma irregular puesto que careció de una formalidad sustancial como es el haber surtido el referido trámite.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto No. 16 de mayo de 2015. Rad. 110010326000201400054 00 (21025). MP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

