



Código validación comunicación: 6939b

Código Dependencia: 1300

Acceso: Reservado (), Público (x), Clasificado ()

Bogotá, D.C.

José Edilberto Muñoz Ruiz

Asunto: Respuesta solicitud de concepto 3-2023-032439- Corrección monetaria recursos FOES.

Respetado Doctor, reciba un atento saludo.

En atención a la solicitud descrita en el asunto, mediante el que requirió “concepto respecto de la viabilidad y sustento jurídico de cobrar la corrección monetaria de los recursos del Fondo de Energía Social”, sea lo primero indicar que el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 establece el alcance de los conceptos al indicar que estos no son vinculantes, en tanto, no resuelven un caso concreto, ya que constituyen una mera opinión sobre un punto de derecho, motivo por el que el presente concepto no es vinculante para tomar una decisión sobre la materia.

Explicado lo anterior y con el propósito de garantizar una respuesta adecuada sobre la materia objeto de consulta, el presente escrito analizará los siguientes aspectos: I) el régimen aplicable al Fondo de Energía Social- FOES-; II) la aplicación y el desarrollo de la teoría de corrección monetaria en Colombia y su incidencia en el estudio del caso concreto.

Ministerio de Minas y Energía

Reporte cualquier irregularidad en el correo electrónico lineaetica@minenergia.gov.co

Dirección: Calle 43 No.57 – 31 CAN, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (60) +1 220 0300

Línea Gratuita: 01 8000 910 180



- **SOBRE EL FONDO DE ENERGÍA SOCIAL**

El artículo 30 del Decreto 111 de 1996 indica que constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico.

En este sentido, el artículo 118 de la Ley 812 del año 2003 creó el Fondo de Energía Social como un sistema de cuenta especial, que pretendía cubrir “hasta cuarenta pesos (\$40) por kilovatio hora del valor de la energía eléctrica destinada al consumo de los usuarios ubicados en zonas de difícil gestión, áreas rurales de menor desarrollo, incluidas sus cabeceras municipales, y en zonas subnormales urbanas todas las cuales definirá el Gobierno Nacional”, el cual sería financiado con las rentas provenientes de “congestión calculadas por el ASIC como producto de las exportaciones de energía eléctrica a los países vecinos dentro de los Convenios de la Comunidad Andina de Naciones”.

Por lo anterior, el Viceministro de Minas y Energía, expidió la Resolución No. 18 0883 de 2004, en la que se resaltó lo establecido en el artículo 11 del Decreto 111 de 1996 antes mencionado, según el que el Presupuesto General de la Nación se compondrá, entre otros, de la estimación de los ingresos corrientes de la Nación, como de los fondos especiales.

Por su parte, el artículo 59 de la Ley 1151 de 2007, indicó que el Ministerio de Minas y Energía sería el encargado de administrar el fondo, con el objeto de cubrir, a partir de 2007, hasta cuarenta y seis pesos (\$46) por kilovatio hora del valor de la energía eléctrica destinada al consumo de los usuarios ubicados en zonas de difícil gestión, áreas rurales de menor desarrollo y en zonas subnormales urbanas definidas por el Gobierno Nacional.

Sin embargo, se destaca que el artículo 103 de la Ley 1450 de 2011, si bien mantuvo a partir de 2011 lo relacionado a la cobertura de hasta cuarenta y seis pesos (\$46) por kilovatio hora del valor de la energía eléctrica, precisó que ello sería aplicable para el consumo de subsistencia de los usuarios residenciales



de estratos 1 y 2 de las Áreas Rurales de Menor Desarrollo, Zonas de Difícil Gestión, y Barrios Subnormales.

Por lo anterior, el Presidente de la República en desarrollo de la potestad otorgada por el artículo 11 del artículo 189 de la Constitución de 1991, expidió el Decreto 0111 del 20 de enero de 2022, mediante el que se reglamentó el Fondo. Sobre el particular, es oportuno indicar que el artículo 3 del referido decreto fijó las reglas para la transferencia de los recursos al FOES, así:

“Artículo 3°. Transferencia de los recursos al FOES.- El Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC, una vez calculadas y recaudadas las Rentas de Congestión como producto de las exportaciones de energía eléctrica, girará el ochenta por ciento (80%) de las mismas en forma mensual al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, quien realizará el manejo de los recursos del Fondo.

Parágrafo 1. Los rendimientos que genere la administración de los recursos del FOES harán parte del mismo y se utilizarán para lograr el cumplimiento de su objeto.

Parágrafo 2. Este Fondo puede ser financiado con los recursos del Presupuesto General de la Nación, cuando los recursos de las rentas de congestión resulten insuficientes, de acuerdo al resultado de priorización del presupuesto de inversión del sector.”

Por lo expuesto, resulta necesario traer a colación lo mencionado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-054 de 2016, donde al analizar la forma en la que se debe interpretar el ordenamiento jurídico, expuso: “(…) que todas y cada una de las disposiciones jurídicas que integran el ordenamiento jurídico vigente sean leídas, interpretadas y aplicadas mediante un ejercicio hermenéutico a través del cual se decante el sentido de la ley que, más que textualmente claro, sea el que claramente desarrolle los fines, valores y principios constitucionales.”. (Subrayado fuera del texto original)



De este modo, a partir de la interpretación sistemática de las normas que rigen el Fondo de Energía Social, no cabe duda alguna sobre el hecho que los recursos de este son recursos públicos, abyectos una finalidad inherente al Estado, esto es, la correcta prestación del servicio público de energía en el país, en particular, en aquellas zonas con menor desarrollo.

Ahora bien, es oportuno destacar que el Ministerio de Minas y Energía en cumplimiento de lo establecido en el literal b) del artículo 15 del Decreto 160 de 2004, según el que el Ministerio trimestralmente efectuará la conciliación con los comercializadores distribuidos, motivo por el que emitió la Circular No. 062 del 08 de septiembre de 2004, en la que orientó a las empresas comercializadoras del servicio respecto al procedimiento establecido para conciliar los recursos asignados por el FOES, en tanto, se estimaba necesario hacer una conciliación de las sumas debidas de cara a evitar un daño al patrimonio del Estado¹.

- **SOBRE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CORRECCIÓN MONETARIA EN COLOMBIA. ENTRE EL NOMINALISMO Y EL VALORISMO.**

La discusión relacionada con el reconocimiento de la pérdida del poder adquisitivo del dinero no ha sido un asunto pacífico. Por un lado, un sector de la doctrina ha desarrollado el planteamiento nominalista, conforme al que el deudor de la obligación pecuniaria se libera con la entrega de la suma pactada, sin importar que en el proceso de celebración y ejecución del negocio jurídico se hubiera presentado un fenómeno que hubiera depreciado el valor pactado. Por el otro, se encuentra el de aquellos que pugnan por garantizar la actualización económica del valor adecuado a través de mecanismos idóneos que permitan traer a valor presente la suma debida.

De este modo, al no existir un criterio pacífico en la doctrina y, de cara a resolver el problema planteado, se estima necesario recurrir a las pautas y los

¹ Sobre el particular conviene recordar que el artículo 6 de la Ley 610 del 2000 “*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*”, considera que el daño patrimonial al Estado se presenta cuando hay una lesión al patrimonio público representada en la disminución de los bienes o recursos públicos.



criterios de interpretación desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en la materia.

De este modo, de antaño la Corte Suprema de Justicia al estudiar la materia concluyó que la estipulación de cláusulas de corrección es una previsión de las partes orientadas a mantener el equilibrio económico de la relación contractual, y a su turno, una garantía para que se pueda predicar el pago de la obligación y su consecuente extinción, así:

*“El hecho de que en las relaciones contractuales se establezcan cláusulas de corrección, fuera de que no está prohibido, **es una previsión destinada a mantener el equilibrio económico de las partes, a precaver el enriquecimiento torticero, y a contratar sobre el valor real de la moneda.** Percibir las partes esta realidad, no conduce a causar una inflación, ni agrava la existencia de la que ya hay.*

*“Por otra parte, no debe perderse de vista que por imperativo legal, **el pago para que produzca el importante efecto de extinguir la obligación, entre las varias exigencias legales debe ser íntegro o total** (art. 1649 del C.C.), como también la de que el acreedor no está obligado a recibir otra cosa que la que se deba y, además, que se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación (art. 1627 del C.C.).”² (Negrilla fuera del texto original).*

Continuando con la evolución jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia en febrero de 1994 indicó que “(...) si lo que debe restituirse por una de las partes por razón de la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico consiste en una suma de dinero, cuyo valor nominal se ha envilecido, su devolución debe hacerse con el consiguiente ajuste monetario”.³

Igualmente, señaló la Corte Suprema de Justicia que la labor de interpretación y aplicación de la ley a cargo del juzgador “solamente rinde verdaderos frutos, cumpliendo a cabalidad su cometido, cuando lo conducen a decisiones razonables y justas, es decir, cuando hace de la ley un instrumento razonable de justicia y equidad, tórnase forzoso sentar que, justamente, ante la ausencia de norma expresa que prohíje la corrección monetaria en nuestra legislación y dado

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de abril de 1979.

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 01 de febrero de 1994.



*que la inestabilidad económica del país y el creciente deterioro del poder adquisitivo del dinero son circunstancias reales y tangibles que no pueden pasar desapercibidas al juez a la hora de aplicar los preceptos legales que adoptan como regla general en la materia, el principio nominalista, el cual, de ser aplicado ciegamente conduciría a graves e irreparables inequidades”.*⁴

Por su parte, el Consejo de Estado al estudiar el asunto objeto de análisis considera que *“la indexación es una institución jurídica que permite mantener el valor intrínseco del dinero. Este concepto ha sido ampliamente desarrollado en el derecho de obligaciones a fin de evitar que a causa del fenómeno inflacionario se genere un perjuicio al acreedor, ya que entre el período en que se contrae la obligación y aquel en que se cumple, la suma debida pierde gran parte de su poder adquisitivo”*⁵

Igualmente, en torno a la finalidad de la indexación, indica el Consejo de Estado que esta no pretende *“incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente, pues si bien en épocas de relativa estabilidad monetaria es dable que se aplique el principio nominalista en todo su vigor, existen eventos en los que la pérdida del poder adquisitivo del signo monetario adquiere proporciones mayores, y por ende aplicar una teoría nominalista deja de ser una opción adecuada en términos de justicia y equidad.”*⁶

De esta forma, el Consejo de Estado, al igual que la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que *“ante la ausencia de mecanismos establecidos por la ley para fijar mecanismos que garanticen la corrección monetaria, se ha observado la necesidad de acudir a mecanismos de indexación fundados en principios constitucionales como la equidad, la justicia y la reparación plena”*⁷.

Por ello, una vez expuestas las posiciones jurisprudenciales desarrolladas y en atención al objeto de consulta, esto es, *“la viabilidad y sustento jurídico de*

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 09 de septiembre de 1999.

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de mayo de 2004. C.P. Montes de Echeverri, Susana.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de mayo de 2013. Exp. 2006-00986-01. C.P. García González, María Elizabeth.

⁷ Ibidem



cobrar la corrección monetaria de los recursos del Fondo de Energía Social,” se estima que si bien las normas que regulan el funcionamiento del Fondo de Energía Social-FOES- no hacen expresión precisa entorno a la aplicación de la corrección monetaria, se puede concluir a partir de la aplicación de los principios de equidad y buena fe previstos en la Constitución de 1991, como de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico que a los recursos correspondientes al FOES, les resulta aplicable la corrección monetaria, en tanto, son recursos públicos que deben cumplir un fin estatal, ya que imponer una lógica contraria nos conduciría a la posibilidad de ocasionar un daño al patrimonio del Estado en los términos del artículo 6 de la Ley 600 del 2000 antes mencionada.

En los anteriores términos se da respuesta al requerimiento presentado, no sin antes señalar que quedamos atentos a cualquier requerimiento adicional sobre el particular.

Cordialmente,



Tomas Restrepo Rodríguez
Jefe
Oficina Asesora Jurídica

Documento firmado electrónicamente amparado en las disposiciones referidas por la Ley 527 de 1999.

Elaboró: William Andres Toca Niño
Revisó: Silvia Navia Revollo
Aprobó: Tomas Restrepo Rodríguez

Ministerio de Minas y Energía

Reporte cualquier irregularidad en el correo electrónico lineaetica@minenergia.gov.co

Dirección: Calle 43 No.57 – 31 CAN, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador: (60) +1 220 0300

Línea Gratuita: 01 8000 910 180