



Memorando

Bogotá, D.C.

PARA: Omar Andrés Camacho Morales

Despacho Del Ministerio

DE: Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: CONCEPTO SOLICITADO POR EL SEÑOR MINISTRO

Estimado Sr Ministro

En atención a la solicitud presentada vía correo electrónico el día 31 de enero del presente año, con el objeto de que la OAJ emita concepto sobre distintos aspectos relacionados con la potencial participación accionaria del Ministerio de Minas y Energía en empresas electrificadoras y otras figuras corporativas, en mi calidad de Jefe Jurídico me permito conceptuar sobre los mismos de la siguiente manera:

PRIMERA PREGUNTA: Establecer el procedimiento y marco legal en materia societaria para la fusión de empresas de servicios públicos de carácter público (Electrificadoras).

RESPUESTA:

i. Marco legal aplicable al proceso de fusión de empresas del Estado

1.1. Constitución Política de 1991:

El numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, establece como competencia privativa del Congreso de la República, la de *“Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.”*

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



A su vez, el numeral 15 del artículo 189 Superior dispone que corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa: *“Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley”*

Estas dos disposiciones establecen competencias que, en principio podrían interpretarse como concurrentes entre el Congreso de la República y el Presidente de la República; sin embargo, como bien lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, una interpretación sistemática de estos dos preceptos permite concluir que las atribuciones otorgadas por el constituyente al Congreso y al Presidente tienen un alcance distinto. En este sentido, el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991 le confiere al Congreso de la República la potestad general de establecer la estructura administrativa del Estado a través de las leyes que promulgue, lo que supone una competencia más amplia en la medida en que sólo encuentra su límite en la Constitución, en tanto que el numeral 15 del artículo 189 Superior, le confiere al Presidente de la República, como cabeza de la rama ejecutiva, la facultad de suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales, de conformidad con la ley, lo que conlleva un ejercicio limitado no sólo por la Constitución Política sino también por lo que disponga el legislador en la ley que habilite el ejercicio de la mencionada atribución¹.

Sobre el particular, es preciso destacar que la Corte Constitucional en sus pronunciamientos ha reiterado lo aquí señalado, al advertir que: *“[A]demás, en concepto de la Corte Constitucional, también debe tenerse en cuenta que en esta materia y especialmente, en el caso del art. 189 num. 15, la Constitución no señala límites materiales expresos, ni especiales ni específicos sobre el alcance y el eventual contenido de la ley de conformidad con la cual podría el Ejecutivo “suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales” ni condiciona su sentido, lo cual*

¹ Sobre el particular, es preciso destacar que la Corte Constitucional en sus pronunciamientos ha reiterado lo aquí señalado, al advertir que: *“[A]demás, en concepto de la Corte Constitucional, también debe tenerse en cuenta que en esta materia y especialmente, en el caso del art. 189 num. 15, la Constitución no señala límites materiales expresos, ni especiales ni específicos sobre el alcance y el eventual contenido de la ley de conformidad con la cual podría el Ejecutivo “suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales” ni condiciona su sentido, lo cual encuadra dentro de una de las clases de leyes de autorizaciones, noción constitucional elaborada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales desde la Reforma Constitucional de 1968, que permite que el Congreso de la República pueda establecer condiciones y límites precisos y detallados para el ejercicio de esta facultad administrativa del Ejecutivo; resulta, pues, que el constituyente dejó en manos del legislador la competencia para definir las condiciones y requisitos, los objetivos, fines y controles pertinentes y predicables de la función del jefe del poder ejecutivo, prevista en el numeral 15 que se comenta (...)*

d.) Bajo este entendido, y con las anteriores advertencias de orden doctrinario, que acompañan la definición jurídico constitucional de un estado social y democrático de derecho como el que se establece por la Carta Política de 1991, para la Corte Constitucional es claro que las especiales competencias administrativas de carácter restringido del ejecutivo en las varias modalidades previstas en los mencionados numerales del artículo 189, no pueden ser ejercidas directa o discrecionalmente, ni mientras no se expidan la leyes correspondientes que señalen sus límites con claridad.” (Subraya fuera de texto)



encuadra dentro de una de las clases de leyes de autorizaciones, noción constitucional elaborada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales desde la Reforma Constitucional de 1968, que permite que el Congreso de la República pueda establecer condiciones y límites precisos y detallados para el ejercicio de esta facultad administrativa del Ejecutivo; resulta, pues, que el constituyente dejó en manos del legislador la competencia para definir las condiciones y requisitos, los objetivos, fines y controles pertinentes y predicables de la función del jefe del poder ejecutivo, prevista en el numeral 15 que se comenta (...)

d.) Bajo este entendido, y con las anteriores advertencias de orden doctrinario, que acompañan la definición jurídico constitucional de un estado social y democrático de derecho como el que se establece por la Carta Política de 1991, para la Corte Constitucional es claro que las especiales competencias administrativas de carácter restringido del ejecutivo en las varias modalidades previstas en los mencionados numerales del artículo 189, no pueden ser ejercidas directa o discrecionalmente, ni mientras no se expidan la leyes correspondientes que señalen sus límites con claridad."
(Subraya fuera de texto)

Bajo este contexto, el Congreso de la República es el único competente para determinar la estructura administrativa del Estado y en ese orden, crear, suprimir o fusionar entidades del orden nacional, así como también autorizar o crear empresas industriales y comerciales del Estado. A su vez, el Presidente de la República puede suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales en la medida en que el legislador se lo permita, es decir, siempre que exista una ley que le otorgue dichas facultades al ejecutivo ya sea de forma directa o de forma extraordinaria.

1.2. Leyes 142 y 143 de 1994

De conformidad con el artículo 17² de la Ley 142 de 1994, las empresas prestadoras de servicios públicos son sociedades por acciones, cuyo objeto consiste, precisamente, en la prestación eficiente de los mismos. Asimismo, el artículo 18³ *ibidem* dispone que “[L]as empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en

² **ARTÍCULO 17. NATURALEZA.** Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

³ Sobre este artículo en particular, la Corte Constitucional se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo mediante sentencia C-150 de 2003.



desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.” (subraya fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, el artículo 79 de la Ley 143 de 1994, es claro al autorizar al Gobierno Nacional y entidades descentralizadas para “(...) constituir sociedades o hacer aportes de capital a sociedades vinculadas al sector eléctrico. Para tales efectos, la Nación podrá aportar como capital los activos que haya recibido dentro de los procesos de saneamiento financiero o capitalización de entidades del sector eléctrico, así como el producido por la enajenación de los mismos, que no hayan sido aportados a las empresas a las que se refiere el artículo 72 de esta Ley.”

1.3. Ley 790 de 2002

Habiendo esclarecido que, en virtud del numeral 15 del artículo 189 Superior el Presidente de la República puede fusionar entidades u organismos administrativos nacionales, siempre que una ley así lo autorice, resulta pertinente destacar que por virtud del artículo 2º de la Ley 790 de 2002, se reglamentó la mencionada potestad constitucional y autorizó la fusión de entidades u organismos nacionales al disponer:

“ARTÍCULO 2º. FUSIÓN DE ENTIDADES U ORGANISMOS NACIONALES. El Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, podrá disponer la fusión de entidades u organismos administrativos del orden nacional, con objetos afines, creados, organizados o autorizados por la ley, cuando se presente al menos una de las siguientes causales:

- a) Cuando la institución absorbente cuente con la capacidad jurídica, técnica y operativa para desarrollar los objetivos y las funciones de la fusionada, de acuerdo con las evaluaciones técnicas;
- b) Cuando por razones de austeridad fiscal o de eficiencia administrativa sea necesario concentrar funciones complementarias en una sola entidad;
- c) Cuando los costos para el cumplimiento de los objetivos y las funciones de la entidad absorbida, de acuerdo con las evaluaciones técnicas, no justifiquen su existencia;
- d) Cuando exista duplicidad de funciones con otras entidades del orden nacional;



e) Cuando por evaluaciones técnicas se establezca que los objetivos y las funciones de las respectivas entidades u organismos deben ser cumplidas por la entidad absorbente;

f) Cuando la fusión sea aconsejable como medida preventiva para evitar la liquidación de la entidad absorbida. Cuando se trate de entidades financieras públicas, se atenderán los principios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.”

Sólo en dichos casos, ha señalado la jurisprudencia constitucional⁴, puede el Presidente de la República ejercer la atribución establecida en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución, lo que supone una limitación de orden legal para que, por intermedio de un decreto reglamentario, se ordene la fusión de entidades u órganos del orden nacional⁵.

⁴ Al respecto dijo la Corte Constitucional, en sentencia C-044 de 2006: “En efecto, como se señaló en un acápite anterior, el artículo 189.15 constitucional atribuye al Presidente de la República la facultad de fusionar entidades u organismos administrativos del orden nacional de conformidad con la ley, y precisamente el artículo segundo de la Ley 790 de 2002 establece el marco normativo para el ejercicio de la correspondiente atribución presidencial. Se trata, entonces, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional de una ley ordinaria que regula una atribución presidencial de carácter permanente, la cual debe ser ejercida dentro de los límites señalados por la Constitución y por el propio texto legal. Por lo tanto la facultad presidencial de fusión que regula esta disposición de rango legal es aquella que se ejerce mediante decretos reglamentarios, sujetos a la ley y a la Constitución, y es por lo tanto uno de los distintos mecanismos por medio de los cuales puede implementarse la fusión de entidades u organismos del orden nacional, pues como se señaló en acápites anteriores de esta decisión la jurisprudencia constitucional ha sostenido que ésta puede llevarse a cabo directamente por la ley, por medio de una ley de facultades extraordinaria y los decretos leyes expedidos en virtud de la delegación legislativa, o por un decreto reglamentario expedido en virtud del artículo 189.15 constitucional Y es precisamente este último evento es (sic) el que regula el artículo 2 de la Ley 790 de 2002.

⁵ Al respecto, vale la pena traer a colación lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 31 de agosto de 2021, en el cual precisó:

“Como se observa, entonces, la jurisprudencia constitucional señala, con base en las normas pertinentes de la Carta Política, especialmente, los artículos 150, numerales 7 y 10, y 189, numeral 15, que existen tres instrumentos jurídicos mediante los cuales puede ordenarse la fusión de organismos y entidades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva del orden nacional: i) una ley ordinaria expedida por el Congreso de la República; ii) una ley de facultades extraordinarias, seguida del ejercicio de estas, por parte del presidente de la República, mediante la expedición de un decreto con fuerza de ley, y iii) un decreto «reglamentario» dictado por el presidente, en desarrollo de su atribución constitucional permanente prevista en el artículo 189, numeral 15, y con sujeción a la ley que regule la materia (Ley 790 de 2002).

Al integrar esta jurisprudencia con la del Consejo de Estado, contenida en las sentencias citadas previamente, debe entenderse que estas tres alternativas resultan aplicables a la fusión de cualesquiera entidades u organismos públicos, siempre que formen parte de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, independientemente de su naturaleza jurídica específica (establecimiento público, unidad administrativa especial, sociedad de economía mixta, etc.), de las actividades que constituyan su objeto y del régimen jurídico que les sea aplicable (derecho público, derecho privado o ambos).

(...)

Aclara la Sala que, si bien es potestativo del Congreso de la República o del presidente ordenar la fusión de dos o más entidades públicas, en particular, y también resulta discrecional para tales autoridades acudir a uno u otro de los tres mecanismos jurídicos mencionados, no es potestativo del jefe de Estado, si considera necesario o conveniente disponer dicha fusión, determinar la forma de hacerla, más allá de las normas constitucionales y legales que regulan su atribución. Una vez adoptada la decisión, bajo cualquiera de los tres mecanismos jurídicos mencionados, le corresponderá, con posterioridad, a las asambleas generales de accionistas de las sociedades, o a los órganos directivos competentes, según lo que estipulen los estatutos, establecer cómo se desarrollará la fusión y tomar las determinaciones correspondientes.

En ese sentido, si el presidente considera pertinente ejercer la potestad prevista en el artículo 189, numeral 15, de la Carta Política, para fusionar dos o más entidades públicas, debe expedir un decreto, respetando los límites y las condiciones establecidas en la Ley 790 de 2002 y, en lo que sea pertinente, la Ley 489 de 1998.” (Subraya y negrilla fuera de texto)



En consecuencia, el Presidente de la República puede ejercer la potestad establecida en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución, a través de un decreto reglamentario en virtud de lo señalado en el artículo 2 de la Ley 790 de 2002 siempre que, el caso particular encuadre en una de las hipótesis establecidas taxativamente en el mismo. De lo contrario, deberá acudir al legislativo para que, a través de una ley, se le otorguen facultades extraordinarias⁶ para fusionar entidades u organismos del Estado del orden Nacional.

Como corolario de lo expuesto, se tiene entonces que:

1) En virtud de la potestad establecida en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991, reglamentada por el artículo 2° de la Ley 790 de 2002, el Presidente de la República puede directamente, mediante decreto reglamentario, ordenar la fusión de entidades u organismos del orden nacional, lo que incluye empresas del Estado, siempre que se presenten algunas de las causales establecidas en dicho precepto normativo, las cuales son de carácter taxativo y no permiten una interpretación extensiva.

2) En el evento que la fusión no esté sustentada en las causales referidas en el numeral anterior, el Presidente de la República puede requerir al Congreso de la República para que expida una ley que le otorgue facultades extraordinarias, a través de las cuales pueda ejercer las atribuciones establecidas en el numeral 15 del artículo 189 Superior, dentro de las cuales se incluye, la de fusionar entidades u organismos del orden nacional.

3) Alternativamente, si la vía para fusionar expresada en los numerales anteriores no es viable, por iniciativa del ejecutivo, se puede tramitar una ley ordinaria en el Congreso de la República para que sea éste quien, ordene la fusión de las entidades nacionales.

1.4. Código de Comercio:

En vista de que no existen muchas previsiones legales sobre la figura de la fusión de las entidades u organismos de derecho público del orden nacional y sus posibles

⁶ Sobre las facultades extraordinarias, la Corte Constitucional en sentencia C-559 de 2004, precisó: *La Corte reitera que para que el Congreso pueda desprenderse legítimamente de la facultad de legislar y conceder, para el efecto, facultades extraordinarias al Presidente de la República, ha de hacerlo con estricto sometimiento a los requisitos esenciales que exige la Constitución Política en el artículo 150, numeral 10. En este sentido es claro que por figurar dentro de dichos requisitos, como lo señala el actor, las facultades extraordinarias deben ser solicitadas expresamente por el Gobierno quien debe además expresar las razones de necesidad o conveniencia pública que así lo exijan.*



modalidades ni tampoco esta materia ha sido objeto de mayores desarrollos doctrinales y jurisprudenciales y teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, expresamente, establece que las empresas prestadoras de servicios públicos son sociedades por acciones, es necesario acudir a la normatividad que establece el Código de Comercio, por remisión expresa del artículo 11 de la Ley 222 de 1995, sobre la figura objeto de consulta.

De esta manera, se advierte que el artículo 172 del Código de Comercio, consagra dos modalidades de fusiones cuando establece que:

“ARTÍCULO 172. <FUSIÓN DE LA SOCIEDAD-CONCEPTO>. *Habrà fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.*

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.”

Por consiguiente, conforme la doctrina especializada puede haber la **fusión por creación** esto es, cuando una o más sociedades se disuelven para crear una nueva o **fusión por absorción** que ocurre cuando quiera que una o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra ya existente. Como bien lo señala la jurisprudencia, esta última modalidad “*no implica el nacimiento de una nueva sociedad a la vida jurídica, pues simplemente las entidades que se disuelven se integran en una persona jurídica que ya existía*” en tanto que la primera, “*supone la desaparición del mundo jurídico las sociedades disueltas y su subrogación por una persona jurídica nueva. En ambos eventos, la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas.*”⁷

ii. Procedimiento para la fusión de empresas de servicios públicos de carácter público (Electrificadoras).

Bajo los presupuestos señalados previamente, se evidencia entonces que el procedimiento varía en cada caso en particular, así:

2.1. Fusión en virtud del artículo 2º de la Ley 790 de 2002:

En esta hipótesis, el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad conferida en el numeral 15 del artículo 189 Constitucional y el artículo 2º de la Ley 790 de 2002,

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-044 de 2006.



debe expedir un **decreto reglamentario que ordene la fusión** siempre que se verifique, al menos, una de las siguientes causales: **(i)** cuando la empresa absorbente cuente con la capacidad jurídica, técnica y operativa para desarrollar los objetivos y las funciones de la fusionada, caso en el cual deberá previamente realizarse un estudio y evaluación técnica que así lo acredite; **(ii)** cuando sea necesario concentrar funciones complementarias en una sola empresa por razones de austeridad fiscal o de eficiencia administrativa; **(iii)** cuando los costos para el cumplimiento de los objetivos y las funciones de la empresa absorbida no justifiquen su existencia, de acuerdo con las evaluaciones técnicas respectivas; **(iv)** cuando exista duplicidad de funciones con otras entidades u empresas del orden nacional; **(v)** cuando los objetivos y las funciones de las empresas deben ser cumplidas por la entidad u empresa absorbente; **(vi)** cuando la fusión sea aconsejable como medida preventiva para evitar la liquidación de la empresa absorbida.

En estos casos, según lo dispone la mencionada ley, la entidad o empresa absorbente cumplirá el objeto de la entidad o empresa absorbida, además del que le es propio. La naturaleza de la entidad o empresa fusionada, su régimen de contratación y el régimen laboral de sus servidores públicos, serán los de la absorbente.

Asimismo, en el decreto de fusión se deberá armonizar los elementos de la estructura de la entidad resultante de la misma, con el objeto de hacer eficiente su funcionamiento.

2.2. Fusión mediante la presentación de una ley ordinaria al Congreso:

Cuando quiera que no se pueda encausar en ninguna de los supuestos establecidos en el artículo 2º de la Ley 790 de 2002 la situación fáctica empresarial cuya fusión se busca, ya sea porque obedece a razones de estrategia comercial u otras distintas a las administrativas, es necesario que el Gobierno Nacional presente un proyecto de ley ante el Congreso de la República a través del cual se someta a consideración del mismo la fusión de las empresas de servicios públicos deseada, para que sea este quien le confiera la facultad al Presidente de ordenarla.

Una vez, se cuente con esa ley ordinaria “habilitante” el Presidente de la República podrá expedir un **decreto reglamentario** ordenando la fusión.

2.3. Fusión en ejercicio de atribuciones extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por una ley del Congreso:

En estos eventos es necesario que el Congreso de la República expida una ley a través del cual le otorgue facultades extraordinarias para que, con base en esa ley



habilitante, expida un **decreto reglamentario** a través del cual ordene la fusión de las empresas.

No sobra advertir que, esta eventualidad es de carácter extraordinaria y sólo se debería acudir a ella en los eventos en los cuales no es procedente el proceso de fusión corporativo bajo las causales establecidas en la Ley 790 de 2002.

2.4. Procedimiento común a las anteriores hipótesis:

Una vez el Presidente de la República expida el decreto reglamentario a través del cual ordena la fusión de las empresas de servicios públicos (electrificadoras), en atención a que las mismas ostentan la naturaleza jurídica de sociedades anónimas (art. 17 de la Ley 142 de 1994), se debe continuar con las etapas que establecen los artículos 173 y siguientes del Código de Comercio, las cuales grosso modo se pueden resumir de la siguiente manera:

- i) Se debe presentar el proyecto de la fusión a la junta de socios o asamblea general de accionistas, quienes deberán aprobarlo, el cual deberá contener como mínimo:
 - a) Los motivos de la proyectada fusión y las condiciones en que se realizará;
 - b) Los datos y cifras, tomados de los libros de contabilidad de las sociedades interesadas, que hubieren servido de base para establecer las condiciones en que se realizará la fusión;
 - c) La discriminación y valoración de los activos y pasivos de las sociedades que serán absorbidas, y de la absorbente;
 - d) Un anexo explicativo de los métodos de evaluación utilizados y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación, y
 - e) Copias certificadas de los balances generales de las sociedades participantes.
- ii) Se debe publicar el acuerdo de fusión en un diario de amplia circulación nacional, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 174 del Código de Comercio.
- iii) Se deberá esperar un término de treinta (30) días para que los acreedores de la sociedad absorbida exijan, si hay lugar a ello, garantías suficientes para el pago de sus créditos.



- iv) Una vez vencido el término señalado, se deberá formalizar el acuerdo de fusión mediante escritura pública.
- v) Para que surta efectos la fusión, se debe registrar en el registro mercantil la escritura pública.

SEGUNDA PREGUNTA: Establecer el procedimiento y marco legal para la cesión accionaria de las empresas electrificadoras por parte del Ministerio de Hacienda y crédito público a otras entidades públicas o Ministerios, por favor detallar el modo y los tiempos requeridos para dicho procedimiento y las posibles consecuencias de dicho movimiento.

RESPUESTA:

i. Marco legal aplicable al proceso de la enajenación de acciones de empresas del Estado.

1.1. Constitución Política de 1991

La Constitución Política en su *artículo 60*⁸ dispone que el Estado está en el deber de promover “*el acceso a la propiedad*” y agrega que para enajenar dicha participación debe tomar medidas para democratizar la titularidad de las acciones y ofrecerlas a sus trabajadores y organizaciones solidarias y de trabajadores para que accedan a dicha propiedad.

1.2. Ley 226 de 1995

Como consecuencia del mandato constitucional del artículo 60 descrito, el Gobierno Nacional expidió Ley 226 de 1995⁹ para reglamentarlo. Dentro de dicha norma, el *artículo 20* advierte una excepción a la democratización como única forma para el acceso a la propiedad en cabeza del Estado, esto mediante la enajenación entre entidades estatales:

“la enajenación accionaria que se realice entre órganos estatales no se ajusta al procedimiento previsto en esta Ley, sino que para este efecto, se aplicarán únicamente las reglas de contratación administrativa vigentes. Así mismo, la

⁸ Artículo 60, Constitución Política. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

⁹ Ley 226 de 1995. “Por el cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones”



venta de activos estatales distintos de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones sólo se sujetará a las reglas generales de contratación.” (subrayado fuera del texto original).

De esta manera, se prevé que la Ley 226 en cita regula la democratización de propiedad accionaria estatal y lo convierte en un procedimiento especial de privatización, al trasladar la propiedad a personas privadas. Sin embargo, dicha norma advierte que de tratarse de enajenación accionaria entre órganos estatales sin que trascienda del Estado la esfera de dominio, se debe emplear la norma general de contratación administrativa, y con ello el acatamiento de derechos y deberes, inhabilidades e incompatibilidades, los principios y los fines de la contratación estatal.

Así lo ha expuesto la Sala de Consulta Civil del Consejo del Consejo de Estado, en pronunciamiento con radicado 2008-00068-00(1921)¹⁰, al afirmar que de presentarse negociaciones de acciones entre entidades estatales no hay cabida a un proceso de privatización y democratización accionaria, “sino que se trata de una venta de títulos valores entre tales entidades y por tanto las acciones no salen del ámbito estatal, ni las sociedades salen de su control, siendo pertinente en este evento la aplicación de la normatividad de contratación de la administración pública.” (subrayado fuera del texto original).

1.3. Ley 489 de 1998

Esta normativa, que regula el ejercicio de la función administrativa, establece en su artículo 6º el principio de coordinación, a través del cual las autoridades administrativas trabajan mancomunadamente para garantizar el ejercicio de sus funciones en cumplimiento de los fines estatales. En consecuencia, habrá una colaboración entre entidades, con el fin de facilitar el ejercicio de sus funciones y evitar impedimentos en el cumplimiento de funciones.

En concordancia con lo anterior, el artículo 95 de la misma, dicta que las entidades públicas que cooperen entre sí para el desarrollo de sus funciones administrativas o presten conjuntamente servicios a su cargo, **podrán celebrar convenios interadministrativos** o conformar personas jurídicas sin ánimo de lucro.

1.5 Decreto 4712 DE 2008

¹⁰ Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado, Radicado: 11001-03-06-000-2008-00068-00(1921), MP: GUSTAVO APONTE **SANTOS**.



Por su parte, el *numeral 18 del artículo 3* establece como fusión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la de “*Administrar las acciones de la Nación en Sociedades de Economía Mixta, vinculadas al Ministerio y de otras sociedades de economía mixta, **en virtud de convenios interadministrativos** que celebre para el efecto y coordinar los procesos de enajenación de activos y propiedad accionaria de las mismas.*” (negrilla y subrayado fuera del texto original)

1.6 Ley 1510 de 2013

Dicha Ley reglamente el sistema de compras y contratación pública, y en el *artículo 76* establece que la modalidad de selección para los contratos o convenios interadministrativos entre entidades estatales es la **contratación directa**.

1.7 Ley 1150 de 2007

Esta norma, en el *literal C del numeral 4 del artículo 2º* dispone que la modalidad de contratación directa procede cuando se celebra un contrato o convenio interadministrativo siempre que “*las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.*”

1.8 Decreto 2384 de 2015

A través del mismo, se modificó la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y se creó la Dirección General de Participaciones Estatales, a la que se le concedieron funciones relacionadas con las estrategias de control, lineamientos y objetivos de la propiedad estatal¹¹.

¹¹ **ARTÍCULO 2º. DIRECCIÓN GENERAL DE PARTICIPACIONES ESTATALES.** Son funciones de la Dirección General de Participaciones Estatales, sin perjuicio del control administrativo que ejercen los Ministerios y Departamentos Administrativos sobre sus entidades adscritas o vinculadas, las siguientes:

1. *Asesorar al Ministerio en el diseño, coordinación y ejecución de las estrategias y procesos generales de propiedad estatal y gestión de las participaciones de la Nación, así como liderar los procesos de reevaluación y actualización periódica de dicha estrategia.*

(...)

19. *Estudiar los documentos y minutas de contrato de las operaciones de vinculación de capital privado, capitalización y enajenación de activos y/o acciones de la Nación, asesorar en la negociación de las mismas y preparar los proyectos de actos administrativos correspondientes, cuando las entidades competentes lo soliciten o el Ministerio lo considere necesario.*

(...)

24. *Estudiar, proponer y proyectar mejoras en el marco regulatorio y de política de las empresas del Estado, de acuerdo a criterios de eficiencia, eficacia, transparencia y teniendo en cuenta las mejores prácticas internacionales.*



1.9. Decreto 1411 de 2017.

Mediante el cual se creó la Comisión Intersectorial para el Aprovechamiento de Activos Públicos (CAAP), que tiene como objeto “orientar y coordinar mecanismos de aprovechamiento de recursos públicos y avanzar de manera coordinada hacia la consolidación de un modelo de propiedad estatal centralizado...”

ii. Procedimiento para la cesión accionaria entre entidades públicas.

De conformidad con los preceptos normativos y los pronunciamientos jurisprudenciales mencionados previamente, se procederá a detallar el procedimiento para la transferencia accionaria entre entidades.

Frente al procedimiento para la enajenación de acciones entre entidad estatales, lo primero es advertir que su transferencia debe regirse por las normas de contratación administrativa vigentes, teniendo en cuenta las calidades de las partes involucradas y el porcentaje de acciones que corresponde a la Nación. Por lo tanto, debe aplicarse las normas de contratación directa en la modalidad de convenios.

Ahora, al tratarse de un convenio interadministrativo de transferencia de acciones debe establecerse a *título gratuito*, habida cuenta que la transferencia entre las partes no puede considerarse como una donación, dado que no representa una disminución en el patrimonio de la nación ni incremento del patrimonio de un tercero. Empero, la entidad que enajena retiene el derecho de recibir los rendimientos o utilidades autorizados por la Asamblea General de Accionistas de Sociedades. Por tanto, los rendimientos causados después de la transferencia pertenecerán a la entidad receptora de las acciones.

Para la ejecución del convenio interadministrativo, sometido a la modalidad de la contratación directa, las obligaciones que surjan de la suscripción deben estar directamente relacionadas con el objeto de la entidad ejecutora. En este sentido, se requiere que la entidad posea *“la capacidad jurídica y financiera, el soporte técnico y operativo y la experiencia acreditada para ejecutar ella misma el objeto contractual, por lo que todo tipo de “intermediación” en la materia se encuentra proscrito por la ley”*¹²

¹² Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo de Estado, Rad: 2015-00102-00, MP: ALVARO NAMÉN VARGAS.



Como paso subsiguiente, es necesario que la entidad interesada presente a la Dirección General de Participaciones Estatales una documentación completa que respalde la suscripción del convenio. Esta documentación incluye estudios previos, el acto administrativo que justifica la contratación directa, la minuta del contrato, los registros presupuestales, la carta de traspaso de acciones y cualquier otro documento relevante para un análisis exhaustivo y asesoramiento, para que la Dirección proceda a elaborar los proyectos de actos administrativos correspondientes y apruebe la transferencia gratuita de Acciones.

La Comisión Intersectorial para el Aprovechamiento de Activos Públicos (CAAP)¹³ en ejercicio de sus funciones para la “coordinación y orientación del ejercicio de la propiedad estatal”, decide la autorización de la transferencia a título gratuito de los títulos accionarios a la Entidad contratista.

En cuanto a las formalidades de los contratos y sus garantías contractuales, este convenio interadministrativo debe disponer cláusulas relacionadas con: (i) el plazo de la duración del convenio; (ii) el término de ejecución del mismo; (iii) el valor si corresponde; (iv) el valor de la participación accionaria; (v) la transferencia de las acciones con estipulación de fecha de cierre para el perfeccionamiento de la transferencia de la titularidad de las acciones; (vi) los compromisos de las partes; (vii) la declaración de facultades para suscribir el convenio; (viii) la indemnidad por pérdidas sufridas por falsedad en declaraciones y garantías dadas; (ix) la designación de supervisor; (x) la cesión; (xi) las cláusulas de terminación; (xii) el régimen jurídico aplicable; (xiii) el perfeccionamiento, legalización y ejecución del convenio; (xiv) la solución de controversias, y demás cláusulas que consideren pertinentes.

Habiendo cumplido con el procedimiento anterior, los Ministros procederán a suscribir el convenio interadministrativo.

Sobre el particular, es importante advertir que, para llevar a cabo la enajenación de los aportes en propiedad de un órgano estatal, se debe asegurar la debida publicidad y democratización de la propiedad, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en las Reglas Especiales sobre la Participación de Entidades Públicas¹⁴.

En resumen, la enajenación de acciones de electrificadoras que se encuentren en titularidad del Ministerio de hacienda y Crédito Público a otras entidades, a título

¹³ Decreto 1411 de 2017.

¹⁴ Artículo 27. Ley 142 de 1994.



gratuito, debe efectuarse conforme las disposiciones de la normatividad de contratación estatal, a través de un convenio interadministrativo respaldado por los principios de coordinación y cooperación, en cual las obligaciones del convenio estén directamente relacionadas con el objeto de la entidad ejecutora. Asimismo, que para proceder con la transferencia de la propiedad accionaria, no es suficiente la mera intención de realizar el traslado, pues la misma está condicionada a la obtención de la autorización por parte de la Comisión Intersectorial para el Aprovechamiento de Activos Públicos.

iii) Órganos que pueden participar en el proceso de enajenación de acciones entre entidades estatales.

En relación al término *órganos estatales* que estipula el artículo 20 de la Ley 226, se tiene presente que, al amparo del artículo 113 de la Constitución Política¹⁵, el Estatuto de la Administración Pública¹⁶ ha establecido en su artículo 38 los organismos y entidades que integran la Rama Ejecutiva en el orden nacional. Asimismo, el artículo 49º dispone la creación de órganos y entidades administrativas por iniciativa del Gobierno bajo mandatos legales; y finalmente, el artículo 68 hace referencia a las Entidades descentralizadas del orden nacional.

Sobre el particular, vale la pena traer a colación las denominaciones *empresas industriales¹⁷ y comerciales del Estado* y las *sociedades de economía mixta¹⁸*, que se mencionan en los artículos 38 y 49 de la Ley 489 de 1998 y que integran la Rama Ejecutiva. A ellas, se les aplica el régimen de derecho privado salvo excepciones legales así como, el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos¹⁹ de la Ley 142 de 1994 y están sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, empero el capital de las primeras está representado en cuotas o acciones de igual valor nominal en tanto que la sociedad de economía mixta tiene un capital social conformado por un 90% con aportes de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas.

¹⁵ Artículo 113.- *Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.* Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines" (Resalta la Sala).

¹⁶ Ley 489 de 1998.

¹⁷ Artículo 85, Ibidem.

¹⁸ Artículo 97, ibidem.

¹⁹ Artículo 19 de la Ley



También es importante tener presente que en las *empresas de servicios públicos oficial*, la totalidad del capital proviene exclusivamente de la nación, entidades territoriales o descentralizadas. En cambio, en las *empresas de servicios públicos mixtas*, la financiación se distribuye, siendo aportada por la nación, entidades territoriales o descentralizadas en un porcentaje igual o superior a 50%. Por lo tanto, al adquirir acciones de propiedad del Estado, estas empresas también están obligadas a cumplir con las normativas generales de contratación administrativa..

Así, de acuerdo con la normativa vigente, el término *órganos estatales* abarca tanto a i) quienes forman parte de la Rama Ejecutiva a nivel nacional, a las entidades administrativas creadas por el gobierno y a las Entidades descentralizadas del orden nacional, y a ii) las empresas de servicios públicos con un aporte a capital del Estado superior al 51%. Estas entidades están obligadas a regirse por las disposiciones establecidas en la Ley 80 de 1993 y demás normativas que la modifiquen.

Por último, con respecto a los efectos que podría ocasionar la enajenación de acciones entre entidades estatales, se sugiere considerar lo siguiente:

En el CONPES 3851 de 2015, la OCDE destaca la necesidad de establecer una separación entre el ejercicio de la función de propietario y la de regulación de los mercados por parte del Estado. Según la OCDE, un Estado debe dirigir de manera activa, informada y responsable sus empresas, evitando conflictos de interés con sus otras funciones estatales. Por lo mismo, se recomienda un modelo institucional centralizado, donde una única entidad ejerza la mayoría de las funciones estatales de propiedad, constituida bajo la figura de una agencia estatal independiente. Esto implica alejarse de modelos descentralizados en los cuales diversos ministerios, cada uno con su propio portafolio de empresas en el sector, desempeñen el papel de propietarios.

Se recomienda tener presente que Colombia, en calidad de miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), cumpla con las directrices y mejoras en las prácticas de gobierno corporativo destinadas a las empresas estatales. Además, la OCDE subraya la responsabilidad del Estado en proporcionar lineamientos generales a las juntas directivas de sus empresas y establecer criterios para evaluar su gestión

Finalmente, se considera que la participación directa de Ministros en las juntas directivas de las empresas del Estado, podría generar riesgos en el debido funcionamiento de las mismas e interpretarse como potenciales conflictos de interés.



Esto por cuanto, los ministros formarían parte de la junta de una empresa de propiedad estatal que opera en el sector que el mismo Ministro regula²⁰.

TERCERA PREGUNTA: Establecer el procedimiento y marco legal para la capitalización de las empresas electrificadoras del Estado por parte del Ministerio de Minas y Energía, ya sea en especie, cesión, donación, traslado o las herramientas que quepan en dicha figura.

RESPUESTA:

i. Marco legal de la capitalización de entidades del Estado

3.1. Ley 185 de 1995.

La Ley 185 de 1995 autoriza al Gobierno Nacional para realizar operaciones de capitalización de la propiedad del Estado al disponer en su artículo 8° que, “[E]l Gobierno Nacional podrá capitalizar a las entidades descentralizadas del orden nacional u ordenar la capitalización de estas entidades entre sí. Para tales efectos, podrán hacerse aportes en dinero o en especie o realizarse asunciones de deuda.”

3.2. Decreto 1411 de 2017.

Por su parte, el Decreto 1411 de 2017 creó la Comisión Intersectorial para el Aprovechamiento de Activos Públicos “para la coordinación y orientación del ejercicio de la propiedad estatal de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, las empresas sociales del Estado del orden nacional, las sociedades de economía mixta del orden nacional, las empresas oficiales y mixtas de servicios públicos del orden nacional y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización” (artículo 1°). Esta comisión tiene por objeto “coordinar, orientar, estudiar y recomendar al Gobierno Nacional las políticas, estrategias y objetivos que permitan armonizar las funciones y ejercicio de propiedad estatal en los diferentes sectores, elevar progresivamente los estándares de gobierno corporativo, proponer, orientar y coordinar mecanismos de aprovechamiento de recursos públicos y avanzar de manera coordinada hacia la consolidación de un modelo de propiedad estatal centralizado y un marco regulatorio que le permita a las empresas indicadas en el artículo 1 del presente decreto competir en igualdad de condiciones con las empresas privadas.” (artículo 3°).

A partir de lo expuesto, de conformidad con el numeral 6 del artículo 5 ibidem, la Comisión tiene la función de recomendar y/o diseñar las propuestas de aprovechamiento de recursos públicos mediante operaciones que incluyen, entre

²⁰ CONPES 3851 de 2015.



otras, *capitalizaciones* o *descapitalizaciones* de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, las empresas sociales del Estado del orden nacional, las sociedades de economía mixta del orden nacional, las empresas oficiales y mixtas de servicios públicos del orden nacional y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización²¹.

3.3. Documento CONPES 3927 de 2018

Ahora bien, el documento CONPES 3927 establece que se podrá realizar un proceso de capitalización cuando: **a)** se efectúe en cumplimiento de una disposición legal o para fortalecer patrimonialmente la empresa; **b)** se requiere alcanzar indicadores mínimos de solvencia requeridos por ley o por organismos reguladores; **c)** se estima rentable o menos desfavorable para el Estado la capitalización de las acreencias que las empresas tienen con la Nación; **d)** se considera favorable para la empresa y para el Estado la capitalización representada en bienes en especie; **e)** se encuentra en riesgo la prestación de un servicio público, la protección de intereses estratégicos del Estado o puede haber un desequilibrio importante en un sector que impacte negativamente la economía nacional; **f)** se estime que la capitalización puede generar un mayor valor de la empresa que permita la generación de mayor valor económico en el futuro para la Nación; y, **g)** se busque una participación mayoritaria en una empresa que la Nación considera estratégica y que actualmente no la tiene.

Bajo este contexto normativo, el proceso de capitalización no es discrecional del Ministerio de Minas y Energía en la medida en que se debe contar con el concepto previo emitido por la Comisión Intersectorial para el Aprovechamiento de Activos Públicos en el cual se plasme la recomendación y/o el diseño del proceso de capitalización de las de las empresas oficiales o mixtas prestadoras de servicios públicos, dentro de las que se encuentran las electrificadoras.

Ahora bien, de obtenerse la mencionada autorización el proceso de capitalización se debe regir por las reglas establecidas en el artículo 377 y siguientes del Código de Comercio, en relación con la capitalización de sociedades anónimas, pues se reitera las empresas de servicios públicos ostentan dicha calidad.

En este orden de ideas, si el Ministerio de Minas y Energía quiere concurrir a la capitalización de una empresa de servicios públicos de energía, no es necesario que dichas empresas sufran una modificación estatutaria como quiera que en este tipo de sociedades el capital suscrito y pagado puede ser objeto de incremento siempre que no sobrepase del capital autorizado. Se debe entonces, someter a un reglamento de

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2021.



emisión y colocación de acciones²², el cual debe ser aprobado en principio por la Junta Directiva y debe indicar como mínimo: (i) el número de acciones que se ofrecen; (ii) proporción y forma en que pueden suscribirse; (iii) plazo en que las acciones serán ofrecidas; (iv) el precio; y (v) el pago para su pago (artículo 386 del Código de Comercio).

Una vez hecha y aceptada la oferta de suscripción que la empresa de servicios públicos hace a los socios y terceros (en cada caso en particular se debe determinar si el Ministerio de Minas y Energía es socio de la empresa cuya capitalización se espera o si adquiere la condición de tercero), se perfecciona el contrato de suscripción²³ y por ende el aporte ya sea en especie, en dinero o mediante la capitalización de una deuda o de dividendos (aspecto este último que no es objeto de la presente consulta). En consecuencia, si esta Cartera Ministerial busca capitalizar empresas de energía mixtas u oficiales debe participar en el proceso mediante la adquisición de acciones ya se apagando su valor a través de aportes en dinero, aportes en especie o mediante la capitalización de créditos; en el segundo caso, el valor en especie será fijado por la asamblea o junta de socios y será objeto de control posterior por parte de la Superintendencia de Sociedades, conforme lo ordena el artículo 132 del Código de Comercio, en concordancia con lo establecido en el artículo 19²⁴ de la Ley 142 de 1994.

Por último, resulta oportuno aclarar que si bien es cierto que el numeral 2º del artículo 36 de la Ley 142 de 1994, habilita las donaciones a empresas de servicios públicos, dentro de las que se entienden las electrificadoras, también lo es que en un

²² Al respecto señala la doctrina especializada: “El reglamento debe contener las condiciones mínimas que determinan las bases del contrato que la sociedad habrá de celebrar con los suscriptores de las acciones. Según ha expresado la Superintendencia de Sociedades, el órgano social competente debe “determinar las condiciones en que ha de hacerse la oferta de las acciones que la sociedad pretenda colocar entre sus accionistas o entre terceros, según el caso. Dichas condiciones son de libre estipulación, siempre que las mismas se ubiquen dentro de los parámetros [sic] establecidos en el artículo 386 del estatuto mercantil, el cual determina los requisitos que ha de contener el reglamento respectivo.” De conformidad con la norma legal supletiva, la aprobación del reglamento le compete a la Junta Directiva. Sin embargo, los estatutos pueden atribuirle a la asamblea general de accionistas.” REYES Villamizar Francisco, “Derecho Societario”, Ed Temis, Tomo I, Bogotá, 2006, pág 334.

²³ Sobre la naturaleza jurídica del contrato de suscripción la doctrina ha especificado: “Es necesario enfatizar en el carácter contractual del negocio de suscripción de acciones. La Superintendencia de Sociedades ha enumerado las características del referido contrato, en los siguientes términos: “es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, accesorio, por adhesión y nominado. Las partes de este negocio jurídico son la sociedad emisora y el suscriptor (accionista o terceros) personas naturales o jurídicas.” REYES Villamizar Francisco, “Derecho Societario”, Ed Temis, Tomo I, Bogotá, 2006, pág 332.

²⁴ **ARTÍCULO 19. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS.** Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

19.7. El avalúo de los aportes en especie que reciban las empresas no requiere aprobación de autoridad administrativa alguna; podrá hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores, con el voto de las dos terceras partes de los socios, o por la Junta Directiva, según dispongan los estatutos. En todo caso los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.



procedimiento de capitalización las donaciones se descartan *per se* como quiera que, por la donación no se recibe contraprestación alguna y es de la esencia del proceso de capitalización el que exista una contraprestación: se aporta capital en especie, dinero o mediante la asunción de una deuda y en cambio de ello se reciben acciones lo los derechos que de ellas surgen en la sociedad.

Bajo este contexto, surge entonces la siguiente pregunta:

¿Puede el Ministerio de Minas y Energía capitalizar una acreencia adeudada por una empresa de energía?

RESPUESTA:

Habiendo establecido que la capitalización es un procedimiento mercantil a través del cual se incrementa el capital de una sociedad anónima (empresas mixtas del sector energético), a través de la emisión de acciones y su correlativa suscripción por parte de los mismos socios o terceros interesados, conforme la doctrina especializada es factible capitalizar una deuda de una sociedad anónima, con la particularidad de que en estos eventos, los acreedores de la empresa deudora pasan a ser socios de la misma a través de la cesión de crédito, caso en el cual ese crédito desaparece para el acreedor y en contraprestación recibe un número determinado de acciones equivalentes a su valor.

Sobre el particular, señala el profesor Reyes Villamizar: *“La capitalización de créditos constituye uno de los mecanismos más utilizados para incrementar el capital suscrito o social, bien como medida de fortalecimiento patrimonial o de saneamiento financiero. La susodicha medida permite que la sociedad resuelva un pasivo externo para que su titular activo se convierta en asociado, es decir acreedor interno. En la práctica, la mecánica de este sistema de capitalización es sencilla: se trata, de una operación muy semejante a la compensación, en la cual la situación simultánea de acreedor y deudor en cabeza de la sociedad se resuelve mediante la autorización impartida por el acreedor para que se apliquen las sumas que se le adeudan a amortizar la obligación dineraria que surge de la capitalización.”*²⁵

En igual sentido, ha conceptuado la Superintendencia de Sociedades, al precisar que, en dichos eventos: *“no se obtienen recursos, en el entendido de que no ingresa liquidez o un activo representado en dinero efectivo diferente a los que ya tiene la empresa, sino que se utiliza este medio para extinguir una obligación en contra de la empresa; medida que al ser utilizada permite que el patrimonio aumente en la medida*

²⁵ Ob, cit. Pag. 351.



en que desaparece un pasivo a cargo de la sociedad. Por lo demás, el negocio jurídico estudiado también puede considerarse como una dación en pago por parte de la sociedad, por cuyo efecto, el crédito a cargo de la compañía se sufraga mediante la liberación de acciones de la sociedad a favor del acreedor.”²⁶

Ahora bien, en la capitalización de créditos no es necesario que la empresa deudora proceda a la elaboración de un reglamento de colocación de acciones (como sí ocurre en la capitalización tradicional) sino que basta con un acuerdo de los accionistas reunidos en la asamblea general en el que autoricen dicha operación jurídica²⁷.

Con todo, como lo advierte la doctrina especializada es preciso que en estos supuestos, los accionistas reunidos en la asamblea general, renuncien al derecho de preferencia “con las mayorías legales o estatutarias establecidas para el efecto y que la compañía cuenta con acciones suficientes en la reserva” y que en el acuerdo al que se llegue se establezca “el monto de las acciones que suscriben los socios que decidan capitalizar las acreencias sociales, decisiones que deben quedar consignadas en el acta de asamblea general de accionistas respectiva, de conformidad con el artículo 431 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 189 ibídem”²⁸

Ahora bien, también puede haber una capitalización de deuda mediante la configuración del fenómeno jurídico extintivo de las obligaciones de la compensación de que trata los artículos 1715 y 1716 del Código Civil. En estos casos, es requisito *sine qua non* que: (i) las dos partes sean recíprocamente deudoras (art. 1716 del C.C.); (ii) que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; (iii) que ambas deudas sean líquidas; y (iv) que ambas sean actualmente exigibles (art 1715 del C.C.).²⁹

En consecuencia, la Nación - Ministerio de Minas y Energía- puede capitalizar una acreencia a su favor mediante la cesión del crédito a la empresa deudora y en contraprestación recibirá un número equivalente de acciones. Es necesario, eso sí, que previamente haya un acuerdo de la asamblea general de accionistas de la empresa deudora que autorice la operación, en el que se plasme la renuncia de los accionistas al derecho de preferencia y el monto de las acciones que suscriben los socios que decidan capitalizar las acreencias sociales.

²⁶ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-14428 del 30 de abril de 2001.

²⁷ Al respecto ha dicho la doctrina especializada: “En segundo lugar, no se requiere reglamento o colocación cuando hayan de capitalizarse créditos a cargo de accionistas o terceros. En esta hipótesis basta, simplemente, con la autorización impartida por la asamblea general de accionistas para que tal capitalización de pasivos pueda darse.” Ob cit, pág 335.

²⁸ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-106160 del 07 de octubre de 2019.

²⁹ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220- 104739 24 de mayo de 2023.



CUARTA PREGUNTA: Establecer el procedimiento y marco legal para retomar las áreas de servicio exclusivo en las Concesiones de San Andrés y Amazonas, por parte del Ministerio de Minas y Energía, por favor revisar con especial atención el presunto incumplimiento de la obligación de uso de energía FNCER y/o las opciones jurídicas existentes para dicha acción.

RESPUESTA:

iv. Procedimiento y marco legal para retomar las áreas de servicio exclusivo en las Concesiones de San Andrés y Amazonas:

4.1. Marco legal general de las concesiones en las áreas de servicio exclusivo de San Andrés y Amazonas:

De antemano se debe tener en cuenta que los contratos de concesión en las áreas de servicio exclusivo San Andrés y en el Amazonas tiene como fuente normativa sustancial el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, el artículo 65 de la Ley 1151 de 2007 y las resoluciones CREG 180, 181 del 2008 y 67 del 2009. No obstante, el marco legal que regula la formación, contenido y ejecución del contrato, debido a su especialidad, no está regulado por la ley 80 de 1993, sino que está determinado por los decretos 1359 de 1996, 2220 de 2008 y la Resolución 181072 de 2008 del Ministerio de Minas y Energía, de la siguiente manera.

El artículo 1 del Decreto 2220 de 2008 establece que, para llevar a cabo la selección del contratista para la prestación de todas las actividades involucradas en el servicio público de energía eléctrica en las Zonas no Interconectadas, se dará aplicación al procedimiento establecido en el Decreto 1359 de 1996³⁰. Si bien este decreto reglamenta el trámite para la contratación de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de gas combustible por red de tubería, las reglas para la celebración y la construcción del contenido del contrato son aplicables a los contratos de energía eléctrica en las Zonas no Interconectadas.

³⁰ Artículo 1º. Proceso de Selección. “Para efectuar la selección del contratista, el Ministerio de Minas y Energía dará aplicación al procedimiento establecido en el Decreto 1359 de 1996. Los demás aspectos para el establecimiento de cada área de servicio exclusivo de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas, serán establecidos por el Ministerio de Minas y Energía”.

Artículo 1. Procedencia de la contratación. “Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura del servicio público de energía eléctrica se pueda extender a toda la población, el Ministerio de Minas y Energía, podrá contratar mediante invitación pública todas o alguna de las actividades involucradas en el servicio público de energía eléctrica, en un área geográfica perteneciente a las Zonas no Interconectadas, incorporando cláusulas de exclusividad, en la cual ninguna persona diferente al adjudicatario podrá prestar los mismos servicios, conforme con los criterios que por vía general adopte la Comisión de Regulación de Energía y Gas”.



Para concretar tales reglas, el Ministerio de Minas y Energía emitió la resolución 181072 del 2008 mediante la cual estableció dispuso que el Ministerio de Minas y Energía sería el encargado de celebrar los contratos para la prestación del servicio público de energía eléctrica en las Zonas no Interconectadas, incorporando cláusulas de exclusividad³¹. Adicionalmente, en el artículo 17 de la resolución en comento se establecieron los elementos mínimos que deben contener tales contratos de concesión, así:

“Artículo 17. Cláusulas del contrato. Además de las estipulaciones relativas a la identificación de las partes, objeto, duración, en el contrato de concesión se pactará como mínimo de manera clara y precisa las estipulaciones necesarias acerca de los siguientes aspectos: determinación geográfica del área; obligaciones del concesionario y su remuneración; término de duración de la exclusividad; compromisos de precios y ajustes de los mismos; cobertura; manejo de contribuciones y subsidios dentro del área; interventorías; restablecimiento del equilibrio contractual; plazos; aspectos sobre el régimen de ejecución del contrato referente a normas ambientales y permisos municipales; protección de personas y bienes; condiciones de extensión del servicio; planes de expansión; mantenimiento y renovación de obras y bienes; condiciones de prestación del servicio; indicadores de gestión; contratos con terceros; informes; garantías; reversión y, en general, las previsiones contractuales necesarias para garantizar la calidad de la prestación oportuna y eficiente del servicio.

No se incluirán en estos contratos las cláusulas excepcionales de modificación e interpretación unilaterales, pero deberán incluirse las cláusulas de terminación unilateral y cláusula de caducidad que en su aplicación se regirán por las normas de la Ley 80 de 1993 o las que la modifiquen o sustituyan, sin perjuicio de pactar causales de terminación anticipada por las partes”.

De acuerdo con lo anterior, los contratos de concesión las áreas de servicio exclusivo en las Concesiones de San Andrés y Amazonas no se rigen por la totalidad de las cláusulas excepcionales de la ley 80, sino que en ellos solamente estarán insertas las

³¹ Artículo 1. Procedencia de la contratación. “Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura del servicio público de energía eléctrica se pueda extender a toda la población, el Ministerio de Minas y Energía, podrá contratar mediante invitación pública todas o alguna de las actividades involucradas en el servicio público de energía eléctrica, en un área geográfica perteneciente a las Zonas no Interconectadas, incorporando cláusulas de exclusividad, en la cual ninguna persona diferente al adjudicatario podrá prestar los mismos servicios, conforme con los criterios que por vía general adopte la Comisión de Regulación de Energía y Gas”.



cláusulas de terminación unilateral y de caducidad, tal como se regulan en los artículos 17 y 18.

De este modo, el Ministerio de Minas y Energía podrá dar por terminado el contrato unilateralmente, mediante acto debidamente motivado, en los siguientes eventos:

“1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.

Al respecto, cabe advertir que los contratos de las concesiones en las áreas de servicio exclusivo de San Andrés y Amazonas contienen fórmulas para calcular la compensación a pagar en caso de que ocurra la terminación anticipada, por cualquier causa, incluida la terminación unilateral. Tales formulas se exponen más adelante.

Por otra parte, respecto de la caducidad del contrato, el Ministerio de Minas y Energía podrá decretar la terminación del mismo cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización”³².

³² Artículo 18. De la Caducidad y sus Efectos. “La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá



En ese orden de ideas, preliminarmente se puede afirmar que para retomar las áreas de servicio exclusivo en las Concesiones de San Andrés y Amazonas sería necesario dar por terminado el contrato por alguna de las causales atrás señaladas, decretar su caducidad frente al incumplimiento del contratista, o invocar alguna de las causales de terminación anticipada dispuesta en cada contrato, para lo cual es necesario verificar el contenido cada uno de los acuerdos.

4.2. Contenido del contrato de concesión en el área de servicio exclusivo de San Andrés

El Ministerio de Minas y Energía suscribió el contrato de concesión 067 de 2009 con la Sociedad Productora de Energía de San Andrés y Providencia -SOPESA- S.A. E.S.P., para la prestación del servicio de energía eléctrica en algunas localidades incorporadas en la declaratoria de Áreas de Servicio Exclusivo correspondiente al Departamento de San Andrés, por un término de 20 años.

Particularmente, la cláusula 43.2 del contrato de concesión 067 de 2009 establece las siguientes causales de terminación anticipada³³:

“Las Partes tendrán la facultad de terminar anticipadamente el Contrato en los eventos que se estipulan a continuación.

43.2.1. A opción del Concedente en los siguientes eventos:

(a) Cuando el Concedente haya declarado la caducidad del Contrato de conformidad con la Cláusula 44.

(b) Cuando el Concedente haya dado por terminado unilateralmente el Contrato de conformidad con la Cláusula 45.

(c) Al décimo (10º) Día siguiente a la notificación escrita por el Concedente al Concesionario del incumplimiento de las obligaciones referentes a plazos y valores de las garantías establecidas en la Cláusula 38.

(d) Al décimo (10º) Día siguiente a la notificación escrita por el Concedente al Concesionario, si no ha iniciado la ejecución de las Inversiones Obligatorias dentro del mes siguiente a la fecha del Acta de Inicio de la Fase de Inversiones Obligatorias.

declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley. La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

³³ Contrato disponible en: <https://sopesa.com/wp-content/uploads/2023/07/contrato-de-concesion-067.pdf>



(e) Al décimo (10º) Día siguiente a la suscripción de las Actas de Entrega, si no ha dado inicio a la Operación, a menos que la demora sea atribuible a hechos imputables al Concedente o a eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

(f) Al décimo (10º) Día siguiente a la notificación escrita por el Concedente al Concesionario, si tiene lugar cualquiera de los siguientes eventos:

(i) Si el Concesionario se disuelve o se liquida.

(ii) Si el Concesionario queda insolvente, lo cual se presume si se acoge al régimen de insolvencia de que trata la Ley 1116 de 2006, o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

(iii) Si el Concesionario es objeto de toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

(g) Al décimo (10º) Día siguiente a la notificación escrita por el Concedente al Concesionario, cuando el Concesionario incurra en el evento establecido en el Numeral 39.2.9.

43.2.2. A opción de cualquiera de las Partes, el día treinta (30) calendario siguiente a la notificación escrita por una de las partes, si un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito ocasiona la interrupción de la ejecución del Contrato, ya sea en la Fase Previa a las Inversiones o durante la Operación, por un periodo superior a los seis (6) meses continuos.

43.2.3. Por mutuo acuerdo escrito de las partes”.

Ahora bien, respecto de estas causales de terminación anticipada debe tenerse en cuenta que la cláusula 43.3 del contrato de concesión 067 de 2009 establece las siguientes fórmulas para calcular la compensación a pagar en caso de que ocurra la terminación anticipada:

“43.3.1. Valor de la compensación por incumplimientos del Concesionario durante la Fase Previa a las Inversiones y por el incumplimiento en el inicio de la Operación.

Si durante la Fase Previa a las Inversiones y antes de iniciar la Operación se presenta la terminación anticipada del Contrato por causas imputables al Concesionario, la compensación será calculada de la siguiente forma:

$$COMP= Multas + PP$$



(...)

43.3.2. Valor de la compensación por incumplimientos del Concesionario durante la Fase de Inversiones Obligatorias.

Si durante la Fase de Inversiones Obligatorias se presenta la terminación anticipada del Contrato por causas imputables al Concesionario, la compensación será calculada de la siguiente forma:

$$COMP = RI + Multas + PP$$

(...)

43.3.3. Valor de la compensación por incumplimientos del Concesionario con posterioridad a la Fase de Inversiones Obligatorias.

Si se presenta la terminación anticipada del Contrato por causas imputables al Concesionario con posterioridad a la Fase de Inversiones Obligatorias, la compensación será calculada de la siguiente forma:

$$COMP = (InvOL \times ((1 + r)^n - 1)) - InvOL + Multas + PP$$

(...)

43.3.4. Valor de la compensación por razones imputables al Concedente o por terminación unilateral.

Si durante el término de ejecución del Contrato se presenta la terminación anticipada del Contrato por razones imputables al Concedente o por terminación unilateral, la compensación será calculada de la siguiente forma:

$$COMP = [(PIAOM_1 \times DD_1) + (PIAOM_2 \times DD_2)] \times r - RI$$

(...)

43.3.5 Valor de la compensación por mutuo acuerdo entre las Partes.

Si durante el término de ejecución del Contrato se presenta la terminación anticipada del Contrato en los eventos previstos en los Numerales 43.2.3 y 43.2.4, éste valor será determinado por mutuo acuerdo entre las Partes. En caso de discrepancia, el valor de la compensación será definido por el Amigable Composedor³⁴.

³⁴ El significado de cada uno de los términos de las fórmulas se puede consultar en el siguiente link, a partir de la página 74: <https://sopesa.com/wp-content/uploads/2023/07/contrato-de-concesion-067.pdf>.



Tales fórmulas se establecen según la causa de la terminación anticipada, de modo que la compensación puede estar a cargo de una u otra parte, según la causa. La única causal que no tiene establecida una fórmula para calcular la compensación es la de mutuo acuerdo entre las partes.

Cabe destacar que en el contrato de concesión 067 del 2009, se estipularon, por acuerdo entre las partes, las facultades extraordinarias para el concedente, consistentes en la modificación y la interpretación unilateral, en los términos de la Ley 80.

4.2.1. Respetto del posible incumplimiento de la obligación de uso de energías FNCER en el contrato de concesión 067 de 2009:

Según los últimos informes de supervisión contractual del Ministerio de Minas y Energía, se debe hacer seguimiento a varios aspectos del contrato, principalmente a la entrada en operación a full carga del sistema RSU, pues parece que hay un incumplimiento por parte del concesionario. No obstante, no se ha reportado el incumplimiento por parte del concesionario respecto de sus obligaciones relacionadas con el uso de FNCER.

4.3. Contenido del contrato de concesión en el área de servicio exclusivo de Amazonas:

El Ministerio de Minas y Energía suscribió el contrato de concesión contrato 052 de 2010 con la empresa ENERGÍA PARA EL AMAZONAS S.A. E.S.P. -ENAM- S.A. E.S.P. para la prestación del servicio de energía eléctrica en algunas localidades incorporadas en la declaratoria de Áreas de Servicio Exclusivo correspondiente al Departamento del Amazonas, por un término de 20 años.

Particularmente, la cláusula 47.2 del contrato de concesión 052 de 2010, establece las siguientes causales de terminación anticipada:

“Las Partes tendrán la facultad de terminar anticipadamente el Contrato en los eventos que se estipulan a continuación.

47.2.1. A opción del Concedente en los siguientes eventos:

(a) Cuando el Concedente haya declarado la caducidad del Contrato de conformidad con la Cláusula 48.

(b) Cuando el Concedente haya dado por terminado unilateralmente el Contrato de conformidad con la Cláusula 49.



(c) Al décimo (10º) Día siguiente a la notificación escrita por el Concedente al Concesionario del incumplimiento de las obligaciones referentes a plazos y valores de las garantías establecidas en la Cláusula 42.

(d) Al décimo (10º) Día siguiente a la notificación escrita por el Concedente al Concesionario, si no ha iniciado la ejecución de las Inversiones Obligatorias dentro del mes siguiente a la fecha del Acta de Inicio de la Fase de Inversiones Obligatorias.

(e) Al décimo (10º) Día siguiente a la notificación escrita por el Concedente al Concesionario, si al último día del cuarto mes siguiente a la Fecha de Inicio de la Ejecución, no ha dado inicio a la Fase de Operación, a menos que la demora sea atribuible a hechos imputables al Concedente o a eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito

(f) Al décimo (10º) Día siguiente a la notificación escrita por el Concedente al Concesionario, si tiene lugar cualquiera de los siguientes eventos:

(i) Si el Concesionario se disuelve o se liquida.

(ii) Si el Concesionario queda insolvente, lo cual se presume si se acoge al régimen de insolvencia de que trata la Ley 1116 de 2006, o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

(iii) Si el Concesionario es objeto de toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

(g) Al décimo (10º) Día siguiente a la notificación escrita por el Concedente al Concesionario, cuando el Concesionario incurra en el evento establecido en el Numeral 43.2.10.

47.2.3. A opción de cualquiera de las partes, el día treinta (30) calendario siguiente a la notificación escrita por una de las partes, si un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito ocasiona la interrupción de la ejecución del contrato, ya sea en la Fase Previa a la Operación o en la Fase de Operación, por un periodo superior a seis (6) meses continuos.

47.2.4. Por mutuo acuerdo escrito de las partes.”

También debe tenerse en cuenta que la cláusula 47.3 del contrato de concesión 052 de 2010 establece las siguientes fórmulas para calcular la compensación a pagar en caso de que ocurra la terminación anticipada:



“47.3.1. Valor de la compensación por incumplimientos del Concesionario durante la Fase Previa a las Inversiones y por el incumplimiento en el inicio de la Operación.

Si durante la Fase Previa a las Inversiones y antes de iniciar la Operación se presenta la terminación anticipada del Contrato por causas imputables al Concesionario, la compensación será calculada de la siguiente forma:

$$COMP = Multas + PP$$

(...)

47.3.2. Valor de la compensación por incumplimientos del Concesionario durante la Fase de Inversiones Obligatorias.

Si durante la Fase de Inversiones Obligatorias se presenta la terminación anticipada del Contrato por causas imputables al Concesionario, la compensación será calculada de la siguiente forma:

$$COMP = RI - Multas - PP$$

(...)

47.3.3. Valor de la compensación por incumplimientos del Concesionario con posterioridad a la Fase de Inversiones.

Si se presenta la terminación anticipada del Contrato por causas imputables al Concesionario con posterioridad a la Fase de Inversiones Obligatorias, la compensación será calculada de la siguiente forma:

$$COMP = (PI \times ((1 - r)^n - 1)) - PI - Multas - PP$$

(...)

47.3.4. Valor de la compensación por razones imputables al Concedente o por terminación unilateral.

Si durante el término de ejecución del Contrato se presenta la terminación anticipada del Contrato por razones imputables al Concedente o por terminación unilateral, la compensación será calculada de la siguiente forma:

$$COMP = (PIAOM_0 \times DD \times r) - RI$$

(...)



47.3.5 Valor de la compensación por mutuo acuerdo entre las Partes.

Si durante el término de ejecución del Contrato se presenta la terminación anticipada del Contrato en los eventos previstos en los Numerales 7.2.3 y 47.2.4, éste valor será determinado por mutuo acuerdo entre las Partes. En caso de discrepancia, el valor de la compensación será definido por el Amigable Componedor³⁵.

Tales fórmulas se establecen según la causa de la terminación anticipada, de modo que la compensación puede estar a cargo de una u otra parte, según la causa. La única causal que no tiene establecida una fórmula para calcular la compensación es la de mutuo acuerdo entre las partes.

En este contrato se estipularon, por acuerdo entre las partes, las facultades extraordinarias para el concedente, consistentes en la modificación y la interpretación unilateral, en los términos de la ley 80.

4.3.1. Análisis del posible incumplimiento de la obligación de uso de energías FNCER en el contrato de concesión 052 de 2010:

Según los últimos informes de supervisión contractual del Ministerio de Minas y Energía, no se reportan incumplimientos de las obligaciones del concesionario.

Como corolario de lo expuesto, resulta evidente que, para retomar las áreas del servicio exclusivo en las concesiones de San Andrés y Amazonas, deben darse por terminados los contratos de concesión 067 del 2009 y 052 del 2010, invocando alguna de las causales legales, decretando la caducidad frente al incumplimiento grave del contratista, o invocando alguna de las causales de terminación anticipada del contrato, incluyendo la terminación de mutuo acuerdo.

Dependiendo de la manera en la que se dé por terminado el contrato, será la forma de proceder del ministerio. Si se trata de la terminación unilateral o caducidad del contrato se debe llevar a cabo un procedimiento administrativo, en aras de garantizar el debido proceso y en cumplimiento del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción. Tal procedimiento administrativo consistente en tres etapas: instrucción, pruebas y alegaciones, y finalmente la decisión, la cual consiste en un acto administrativo debidamente motivado, en el cual se determina la terminación o caducidad del contrato.

³⁵ El significado de cada uno de los términos de las fórmulas se puede consultar en el siguiente link, a partir de la página 78: [Contrato GSA 052-2010 - ENAM.pdf](#).



Si se deciden terminar los contratos por las causales de terminación anticipada o por mutuo acuerdo, deben seguirse las reglas establecidas en las cláusulas 55, 56 y 71 del contrato 067 del 2009 y en las cláusulas 59, 60 y 75 del contrato 052 del 2010, referidas a la solución de conflictos, la cláusula arbitral y las notificaciones.

Ahora bien, respecto de los posibles incumplimientos de la obligación de uso de energía FNCER, debe llevarse a cabo una evaluación detallada junto con la interventoría respecto del estado de la ejecución de las obligaciones, los retrasos, imprevistos, otrosíes e irregularidades que se hayan podido presentar en cada contrato, para determinar si efectivamente se ha presentado un incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales, y si ese incumplimiento tiene la entidad suficiente para poner en marcha las facultades extraordinarias de la administración o para invocar la terminación anticipada.

QUINTA PREGUNTA: Establecer el alcance jurídico del Artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, en cuanto a la capacidad de acción regulatoria y reglamentaria de la conformación del CU en el caso del Caribe Colombiano, términos, procedimientos y opciones para su modificación.

RESPUESTA:

i. Alcance jurídico del artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, en cuanto a la capacidad de acción regulatoria y reglamentaria de la conformación del CU en el caso del Caribe Colombiano.

5.1 Marco legal aplicable

Sea lo primero indicar que el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 asignó a la CREG la función de definir o aprobar, según corresponda, las metodologías y fórmulas para la determinación de las tarifas asociadas a la prestación del servicio público de energía eléctrica.

De este modo, la CREG expidió las Resoluciones 180 de 2014 y 015 de 2018, que contienen las metodologías y fórmulas para remuneración de las actividades de comercialización y distribución de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, respectivamente.

No obstante, con el fin de garantizar la correcta prestación del servicio público de energía en la Costa Caribe, el artículo 318 de la Ley 1952 de 2019, autorizó al Gobierno Nacional para *establecer un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización del actual mercado de Electrificadora*



del Caribe S.A. E.S.P. o las empresas derivadas de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. que se constituyan en el marco del proceso de toma de posesión de esta sociedad para las regiones en las se preste el servicio público. En este sentido, la norma en comentó indicó:

“ARTÍCULO 318. RÉGIMEN TRANSITORIO ESPECIAL PARA ASEGURAR LA SOSTENIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN EFICIENTE DEL SERVICIO. Con el fin de asegurar la prestación eficiente y sostenible del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la Costa Caribe, teniendo en cuenta el estado de Electricaribe S.A. E.S.P. al momento de su Intervención, autorícese al Gobierno nacional para establecer un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización del actual mercado de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. o las empresas derivadas de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. que se constituyan en el marco del proceso de toma de posesión de esta sociedad para las regiones en las se preste el servicio público. Para estos efectos, los límites en la participación de la actividad de comercialización de energía eléctrica podrán ser superiores hasta en diez puntos porcentuales adicionales al límite regulatorio corriente.

Este régimen regulatorio especial deberá establecer que la variación en las tarifas para esta región sea al menos igual a la variación porcentual de tarifas del promedio nacional, en la medida en que refleje, como mínimo, las inversiones realizadas, el cumplimiento de las metas de calidad y de reducción de pérdidas. El Gobierno nacional definirá el plazo máximo de aplicación del este régimen transitorio especial.

PARÁGRAFO 1o. Con recursos provenientes del sistema general de regalías se podrán financiar inversiones en infraestructura eléctrica, como aportes que no incidirán en la tarifa.

PARÁGRAFO 2o. Las entidades estatales que sean deudoras de Electricaribe S.A. E.S.P. deberán tomar las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones que se derivan del servicio público de energía. El incumplimiento por parte de cualquier entidad estatal de sus deberes como usuarios de servicios públicos, especialmente en lo relativo a la incorporación en los respectivos presupuestos de apropiaciones suficientes y al pago efectivo de los servicios utilizados, es causal de mala conducta para sus representantes legales y los funcionarios responsables, sancionable con destitución.”



De este modo, en atención a la facultad otorgada por el legislador y en desarrollo de lo previsto en el numeral 11 del artículo 189 y los artículos 365³⁶ y 370³⁷ de la Constitución de 1991, el Presidente de la República expidió el Decreto 1645 de 2019, mediante el que se delegó a la CREG el *“establecimiento de un régimen transitorio especial en materia tarifaria para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la costa Caribe”*.

Igualmente, atendiendo el carácter excepcional del régimen aplicable, el párrafo del artículo 1 del Decreto aludido indicó que el régimen transitorio *“tendrá una duración máxima de hasta cinco (5) años, contados a partir de la firmeza de la o las resoluciones particulares a través de las cuales la CREG apruebe cargos tarifarios particulares.”*

Por lo anterior, la CREG expidió la Resolución No. 10 del 30 de enero de 2020, en donde se establecieron las reglas para la aplicación del régimen transitorio especial en materia tarifaria para la Región Caribe.

Ahora bien, conviene indicar que el Presidente de la República, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las previstas en el numeral 11 del artículo 189, 365 y 370, expidió el Decreto 1231 de 2020, por el que se introdujeron modificaciones al régimen transitorio especial de la actividad de comercialización aplicable al mercado de Electrificadora del Caribe S. A. E.S.P., para asegurar la sostenibilidad de la prestación eficiente del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la Costa Caribe.

Sobre el particular, se tiene que el artículo 1o del referido Decreto estableció los lineamientos de aplicación transitoria para la definición del régimen de la actividad de comercialización, así:

³⁶ **ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

³⁷ **ARTICULO 370.** Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.



“ARTÍCULO 1o. Modifíquese el artículo 2.2.3.2.2.1.3. de la Sección 2.1. al Capítulo 2, Título III, Parte 2, Libro 2 del Decreto número 1073 de 2015, el cual quedará así:

Artículo 2.2.3.2.2.1.3. Lineamientos de aplicación transitoria para la definición del régimen tarifario de la actividad de comercialización de energía eléctrica.

1. Respecto del Ministerio de Minas y Energía, en coordinación con sus entidades adscritas:

1.1. Con independencia del número de prestadores del servicio de energía eléctrica, el Ministerio de Minas y Energía deberá establecer reglas para los cargos de comercialización aplicables al mercado atendido por la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. a la fecha de expedición de la Ley 1955 de 2019, en relación con los componentes a los que se refiere el siguiente numeral.

1.2. La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) actualizará los cargos particulares de comercialización en relación con lo dispuesto en este artículo, considerando las modificaciones que correspondan en: (i) el costo base de comercialización y; (ii) el cálculo del componente de riesgo de cartera del costo variable de comercialización, según lo que establezca la resolución que expida el Ministerio de Minas y Energía respecto de estos dos componentes, atendiendo a las necesidades que se requieren para viabilizar a futuro, financiera y



operativamente, la prestación del servicio público de energía eléctrica en la región Caribe en los nuevos mercados de comercialización.”

Así, en atención a la competencia asignada, el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución No. 40272 de 2020, mediante la que se desarrollaron los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.3.2.2.1.3. del Decreto 1073 de 2015, respecto a la actividad de comercialización de energía.

En suma, la interpretación armónica y sistemática de las normas que rigen la materia, ponen de presente que:

- i) A la fecha el Gobierno Nacional, en cabeza de la CREG atendiendo a la delegación efectuada desde el año 2019, se encuentra autorizado para establecer un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización del mercado que le correspondía a ELECTRICARIBE.
- ii) En los términos del parágrafo primero del artículo 1 del Decreto 1645 de 2019, el régimen de transición se encuentra vigente desde el 30 de enero de 2020, hasta el 30 de enero de 2025.
- iii) En los términos del artículo 318 de la ley 1955 de 2019, la modificación del régimen existente se encuentra condicionada al hecho que continúe el “proceso de toma de posesión” de ELECTRICARIBE.

ii. Procedimientos y alternativas para su modificación.

De este modo, una vez analizado lo anterior, es oportuno señalar que existen dos procedimientos a los que puede acudir el Gobierno Nacional para la modificación del régimen actual aplicable al régimen transitorio especial en materia tarifaria para la Región Caribe, a saber: (i) modificación de los decretos reglamentarios que regulan la materia y (ii) modificación de la resolución CREG 010 del 30 de enero de 2020.

5.2.1. Ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República con el fin de modificar los decretos reglamentarios que regulan la materia:

La primera alternativa que se presenta implica la modificación de los Decretos reglamentarios que regulan la materia; a saber, los Decretos 1645 de 2019 y 1231 de



2020, incorporados al Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015.

En este procedimiento, es necesario que el Presidente de la República, en desarrollo de la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución de 1991, y en atención a lo previsto en los artículos 365 y 370 de la Constitución, como en los artículos 68, 73, 75 de la Ley 142 de 1994, artículo 9 de la Ley 143 de 1994 y el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, proceda a determinar nuevamente el alcance de esta última disposición.

De este modo, en el proceso de modificación del Decreto se podría analizar y determinar, entre otros aspectos, la conveniencia de mantener la delegación realizada desde 2019 en cabeza de la CREG, como la duración del régimen de aplicación de la norma.

Para ello, vale la pena resaltar lo dicho por la Corte Constitucional entorno al hecho que en ejercicio de la potestad reglamentaria, únicamente se puede desarrollar el contenido de la ley, razón por la que al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley³⁸.

Por último, se advierte que en este evento, al haberse modificado las reglas generales en la materia, podría existir el riesgo que las Resoluciones CREG No. 010 del 30 de enero de 2020 y la Resolución No. Resolución No. 40272 de 2020, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, pierdan su fuerza de ejecutoria al tenor de lo establecido en el numeral 2 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011.

5.2.2. Modificación de las Resolución CREG No. 010 del 30 de enero de 2020:

Descrito lo anterior, la segunda alternativa que se presenta para la modificación del CU en el caso del Caribe Colombiano, implica mantener incólume los Decretos 1645 de 2019 y 1231 de 2020 -incorporados al Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015³⁹-, y proceder desde la CREG, en desarrollo de las facultades asignadas en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 y de la facultad delegada mediante el Decreto 1645 de 2019 a realizar la modificación de las Resoluciones expedidas sobre el particular.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1005 del 15 de octubre de 2008. M.P. Sierra Porto, Humberto.

³⁹ En lo relativo a las reglas generales del régimen de transitorio especial para asegurar la sostenibilidad de la prestación eficiente del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la Costa Caribe.



En este evento, es preciso que la CREG en desarrollo de las normas antes mencionadas analice y determine que asuntos concretos deben ser objeto de modificación, aplicando en todo caso las reglas fijadas por la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues como lo refiere el artículo 1o de la Ley 1437 de 2011 estas tienen como finalidad *“proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.”*

Así mismo, en caso de que las modificaciones propuestas al acto administrativo puedan tener incidencia en la libre competencia, es preciso que se observe lo establecido en el Decreto 1074 de 2015 y la Resolución No. 44649 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En consecuencia, en los anteriores términos, se otorga respuesta a las inquietudes presentadas, advirtiéndole que el presente concepto se emite conforme a lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2001 -CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en el marco de la situación planteada, para los fines expresamente consultados y se formula exclusivamente a la luz de las normas que a nuestro mejor saber y entenderse encuentran vigentes en la materia a la fecha del presente documento. No admite, por lo tanto, suposiciones o interpretaciones análogas sobre situaciones de hecho que se le parezcan, ni tiene carácter obligatorio ni vinculante.

Cordial saludo,



Tomas Restrepo Rodríguez
Jefe
Oficina Asesora Jurídica



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

Elaboró: Nancy Edith Ramos Castiblanco

Revisó:

Aprobó: Tomas Restrepo Rodríguez