

AUTORIDADES NACIONALES – Reglamentos / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Del acto por medio del cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria / PUBLICIDAD DE PROYECTOS DE REGULACIONES – Deber de divulgar los proyectos de resoluciones de carácter general en la página Web con antelación no inferior a 30 días a la fecha de su expedición. Artículo 9 del Decreto 2696 de 2004 / PUBLICIDAD DE PROYECTOS DE REGULACIONES – Excepciones / EXCEPCIÓN AL DEBER DE PUBLICAR EN PÁGINA WEB LOS PROYECTOS DE RESOLUCIONES DE CARÁCTER GENERAL - Cuando por unanimidad la Comisión de Regulación decide no divulgar por razones de conveniencia general y de oportunidad / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se niega la solicitada respecto del artículo 1 de la Resolución CREG-095 de 2007 por no vulnerar el artículo 9 del Decreto 2696 de 2004

[E]l Despacho considera que no es posible afirmar que la CREG desconoció las exigencias de oportunidad previstas por el ordenamiento jurídico, por cuanto, de una parte, dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución 097 de 2004 y, por otra, el actor no aportó al plenario documento alguno del cual se desprenda que la justificación plasmada en el acto acusado contraviene el ordenamiento jurídico y los supuestos de hecho que se tuvieron en cuenta para su expedición. En primer lugar, el Despacho recuerda que el artículo 9º ibídem establece la obligación de las Comisiones de hacer “[...] público en su página Web, con antelación no inferior a treinta (30) días a la fecha de su expedición, todos los proyectos de resoluciones de carácter general que pretendan adoptar, excepto los relativos a fórmulas tarifarias [...]”. Sin embargo, en este mismo sentido se tiene que el párrafo de dicha disposición señala que cada Comisión definirá y hará públicos los criterios, así como los casos en los cuales el referido procedimiento de publicidad no será aplicable a resoluciones de carácter general. En atención a lo anterior, la CREG expidió la Resolución 097 de 2004, mediante la cual se definieron los criterios, así como los casos en los cuales las disposiciones sobre publicidad de proyectos de resoluciones contenidas en el mencionado artículo 9º no serán aplicables a resoluciones de carácter general que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas, [...] [E]l Despacho observa que la Comisión, por unanimidad, cuando encuentre que existen razones de conveniencia general y de oportunidad, dentro de los treinta (30) días en los cuales se está surtiendo la publicidad de los proyectos de actos administrativos de carácter general, podrá expedirlos dejando expresamente consignadas las razones que motivaron tal circunstancia. En el sub lite y luego de la revisión de los considerandos del acto acusado, el Despacho advierte que la Comisión de Regulación de Energía y Gas expresamente señaló que “[...] en Sesión 349 del 21 de noviembre de 2007, por unanimidad, se aprobó expedir la presente resolución antes del vencimiento del plazo de treinta (30) días previsto en el artículo 9º del Decreto 2696 de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del mismo artículo y el artículo 2º de la Resolución CREG-097 de 2004, por razones de oportunidad, teniendo en cuenta que están en curso procesos importantes de enajenación de activos [...]”. Así las cosas, se tiene que para efectos de la expedición del acto administrativo acusado se tuvo en cuenta lo dispuesto en la regulación de la CREG, al cumplirse con el supuesto para la aplicación de la excepción de publicidad y oportunidad antes referida.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Del acto por medio del cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria / FUNCIÓN REGULADORA DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – Sujeción a la ley / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL – La constituida después de la vigencia de la

Ley 143 de 1994 no puede tener más de una actividad relacionada con el servicio con excepción de la comercialización / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL – La constituida antes de la vigencia de la Ley 143 de 1994 no se le aplica la restricción prevista en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 / EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL – – Límite de la libertad económica: al imponer a todas las empresas una restricción contemplada por la ley solo para las constituidas con posterioridad a la Ley 143 de 1994 / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG - Desbordamiento de funciones regulatorias / LÍMITE A LA LIBERTAD ECONOMICA – De empresa prestadora del servicio de electricidad / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procede respecto del artículo 1 de la Resolución CREG 095 DE 1997 por transgredir el artículo 74 de la Ley 143 de 1994

Respecto del segundo cargo relacionado con la violación del artículo 74 de la Ley 143 de 1994, el Despacho pone de relieve que dicha norma establece que las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrá tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo, con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución. De lo anterior se tiene que son dos los supuestos que trae la referida disposición, a saber: 1) que se trate de empresas prestadoras del servicio público de electricidad constituidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994; y, 2) que las mismas no podrán realizar más de una de las actividades relacionadas con el servicio, exceptuándose la actividad de comercialización. Lo anterior significa que el legislador estableció un límite a la libertad económica de las empresas que presten el servicio público de electricidad, que hagan parte del sistema interconectado nacional y que se hubiesen constituido con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley, esto es, que la restricción aplica solo para los nuevos operadores del servicio en comento. De otra parte, el artículo 74 de la Ley 143 prevé que no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización, la cual puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución. Así, el límite a la libertad económica no puede hacerse extensivo a sujetos distintos a los previstos por esta disposición, ni tampoco se pueden variar las condiciones de aplicabilidad. Cabe resaltar que, el artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, señaló un límite a la libertad económica para las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica constituidas con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 143 de 1994 para absorber empresas cuyo objeto sea la transmisión, generación y distribución de energía. En este sentido, el Despacho considera que la disposición acusada establece una prohibición que el legislador no previó en relación con empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica constituidas con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 143 de 1994, esto es, una hipótesis sustancialmente distinta de la consignada en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 143 DE 1994 – ARTÍCULO 74 / DECRETO 2696 DE 2004 – ARTÍCULO 9

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 095 DE 2007 (21 de noviembre) COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG – ARTÍCULO 1 (Suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00677-00

Actor: JUAN JOSÉ ARANGO GARCÍA

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA – COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG

Referencia: SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN 095 DE 2007, POR MEDIO DE LA CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES SOBRE CONCENTRACIÓN DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA, EXPEDIDA POR LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG

El Despacho decide la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, "[...] *por la cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria [...]*", expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

Mediante escrito presentado ante la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado, el señor Juan José Arango García presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, en contra del Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, con miras a obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"[...] PRIMERA: Que se suspenda provisionalmente el artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, expedida por la Comisión de regulación de Energía y Gas – CREG; sustentaré esta petición en documento separado, complementario.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad del artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, expedida por la Comisión de regulación de Energía y Gas – CREG.

TERCERA: Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la Nación – Ministerio de Minas y Energía y Gas – CREG, al pago de las costas procesales si se opone a esta demanda [...].

I.2. La solicitud de suspensión provisional

En cuaderno separado la parte actora solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, "[...] *por la cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria [...]*", expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, por cuanto, en su entender, se desconocieron los artículos 9º del Decreto 2696 de 2004¹ y 74 de la Ley 143 de 1994².

(i) Violación del artículo 9º del Decreto 2696 de 2004

El actor aseguró que el artículo 9º del Decreto 2696 de 2004 establece que "[...] *las Comisiones harán público en su página web, con antelación no inferior a treinta (30) días a la fecha de su expedición, todos los proyectos de resoluciones de carácter general que pretendan adoptar, excepto los relativos a fórmulas tarifarias, en cuyo caso se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 124 a 127 de la Ley 142 de 1994, reglamentado en el artículo 11 del presente decreto [...]*".

Expuso que el fundamento de la disposición no es otro que permitir a los interesados participar en un término que no podrá ser inferior a diez (10) días hábiles, mediante el envío de los comentarios para la formulación de la regulación.

Advirtió que "[...] *después del período mínimo de diez (10) días hábiles durante el cual la CREG recibió los comentarios de diferentes agentes [...]* expidió la Resolución 095 de 2007, en la cual se dictaron disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria, razón por la cual la resolución acusada se expidió de manera irregular al no cumplir con el término mínimo de treinta (30) días, pues tan sólo pasaron diecisiete (17) días hábiles y aun cuando se aceptara que los días a

¹ "[...] *por el cual se definen las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación [...]*".

² "[...] *por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética [...]*".

que se refiere la norma son calendario, igualmente la CREG no cumplió con el procedimiento previsto en la norma, toda vez que mediante esta metodología de conteo sólo transcurrieron veintisiete (27) días entre la publicación del proyecto de resolución y la expedición de la Resolución 095 de 2007 [...]”.

Agregó que si bien es cierto que la entidad demandada se excusó en el hecho de estar en curso procesos de enajenación de activos, también lo es que tales razones de oportunidad no son de recibo toda vez que los citados procesos se llevaron a cabo en una fecha muy posterior al momento de expedirse la Resolución acusada, lo cual desvirtúa de plano y deja sin razón el fundamento invocado por los demandados.

Finalmente anotó que con esta actuación se “[...] eliminó y cercenó el derecho de los agentes del sector a participar y presentar los comentarios sobre la disposición dentro del término habilitado para ello e impidió su deliberación, lo cual era esencial como lo advierte el Documento CREG 078 de 2007 [...]

(ii) Violación del artículo 74 de la Ley 143 de 1994

El actor señaló que “[...] al contrastar la norma acusada, esto es, el artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, con la norma infringida, es decir, el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, es clara la violación que da lugar a la solicitud de suspensión provisional [...]

En efecto, manifestó que el artículo 1º de la Resolución 095 de 2007 establece que **las empresas públicas constituidas antes de la vigencia de la Ley 143 de 1994**, no pueden absorber a otras empresas de servicios públicos constituidas con posterioridad a la vigencia de la referida disposición, y que, por el contrario, el artículo 74 *ibídem* dispone que “[...] **las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley** con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución [...]

Anotó que “[...] **el sujeto de la norma acusada es exactamente el mismo** al que se refiere el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, **sin embargo, el objeto de cada**

una de esas normas, es absolutamente contrapuesto, dado que mientras el 74 [...] establece una permisión para las empresas de servicios públicos constituidas después de esa ley, el artículo 1º de la Resolución 095, estableció una prohibición no contemplada por el legislador en la primera norma y que sin duda restringe la potestad de mantenerse integradas verticalmente, que se otorgó a la empresa constituida antes de la vigencia de la Ley 143 de 2007 [...]” (negrillas fuera de texto).

Puso de presente que esta prohibición ha sido interpretada por el Consejo de Estado³ como violatoria de la permisión contenida en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, al señalar que a la Comisión le está prohibido limitar la participación en el mercado y en general la potestad de integración vertical de las empresas del sector energético.

Finalmente, consideró que se está prohibiendo a las empresas constituidas antes de la Ley 143 de 1994, tener la posibilidad de adquirir acciones en otras empresas de servicios públicos, con los límites accionarios señalados en los artículos 3º, 4º, 5º y 6º de la Resolución 128 de 1996, lo que significa que la resolución acusada, en su artículo 1º, creó una prohibición no autorizada.

I.3. Traslado de la solicitud de la medida cautelar

El Despacho dispuso dar traslado⁴ a la entidad demandada de la solicitud de la medida cautelar presentada por la parte actora, para que en el término de cinco (5) días se pronunciara sobre ella, tal y como se observa a continuación:

I.3.1. El Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG

El apoderado judicial del Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, aseveró que el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 dispuso que las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad, y que hagan parte del sistema interconectado nacional, no podrán tener más de una de las actividades relacionadas

³ No se hizo referencia al número del proceso, a la sección ni tampoco al Magistrado ponente de la misma.

⁴ Folio 7. Cuaderno medida cautelar.

con el mismo, ello con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de la actividades de generación y distribución.

Manifestó que con el objeto de promover la libre competencia se han adoptado decisiones tendientes a garantizar que existan múltiples empresas generadoras y comercializadores de electricidad, es así como se han expedido diferentes regulaciones, tales como los artículo 6º y 7º de la Resolución 128 de 1996; 2º y 7º de la Resolución 042 de 1999; 10 de la Resolución 022 de 2001; la Resolución 01 de 2006; la Resolución 090 de 2007 y la Resolución 095 de 2007.

Advirtió que de la lectura de lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 143 y con base en lo consagrado en el artículo 1º de la Resolución 095 de 2007 *“[...] se observa de manera contundente que el segundo es desarrollo del primero, en el sentido de precisar la prohibición legal, en relación con aquellas empresas de servicios públicos constituidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994 y la posibilidad de absorber empresas creadas con posterioridad y que además ejerzan actividades de transmisión, distribución y generación de energía eléctrica, **haciendo más congruente lo dispuesto por el artículo de la ley en mención [...]**”* (negrillas fuera de texto).

Por otra parte, y en relación con el cargo de violación del artículo 9º del Decreto 2696 de 2004, manifestó que *“[...] la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión 349 de 21 de noviembre de 2007, por unanimidad, aprobó expedir la resolución antes del vencimiento del plazo de treinta (30) días previsto en el artículo 9º del Decreto 2696 de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo y el artículo 2º de la Resolución Creg 097 de 2004, por razones de oportunidad, teniendo en cuenta que están en curso procesos importantes de enajenación de activos [...]*”.

II. CONSIDERACIONES

II.1. El acto administrativo acusado

Lo es la **Resolución 095 del 21 de noviembre de 2007**, *“[...] Por la cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria [...]*”, expedida Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, cuyo texto se transcribe a continuación:

“[...] RESOLUCION 095 DE 2007

(Noviembre 21)

Diario Oficial No. 46.820 de 22 de noviembre de 2007 Comisión de Regulación de Energía y Gas

Por la cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria. La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 333 de la Constitución Nacional consagra la libre competencia como un derecho de todos que supone responsabilidades, principio que tiene aplicación directa en el servicio público de energía eléctrica, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7o de la Ley 143 de 1994, y del artículo 73 de la Ley 142, el cual ordena a la Comisión promover la competencia en desarrollo de la intervención del Estado en los servicios públicos autorizada por el artículo 2° de la Ley 142, para lograr, entre otros fines, los establecidos en el numeral 2.6 del artículo 2° de la citada ley;

Que la Ley 142 de 1994, numeral 25 del artículo 73, atribuye a la Comisión la facultad de establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público;

Que la misma Ley 142 de 1994, artículo 74 numeral 1 asigna a la Comisión la función de regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía, proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia, con la facultad de adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado;

Que el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 al disponer que "Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución";

Que de conformidad con el artículo 172 del Código de Comercio, aplicable a las Empresas de Servicios Públicos, por disposición del artículo 189 de la Ley 142 de 1994, una o más sociedades pueden disolverse, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra;

Que para promover efectivamente la libre competencia en beneficio de los usuarios, la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha adoptado decisiones tendientes a garantizar que existan múltiples empresas generadoras y comercializadoras de electricidad;

Que mediante el artículo 6o de la Resolución 128 de 1996 la Comisión de Regulación de Energía y Gas dispuso que a partir del vencimiento del plazo previsto en el artículo 8o de la misma resolución "ninguna empresa generadora podrá tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del veinticinco por ciento (25%) del capital social de una empresa distribuidora. Igual regla se aplicará a las empresas distribuidoras que tengan acciones, cuotas o partes de interés en el capital social de una empresa generadora. Para los efectos de este artículo el concepto empresa no incluye a las personas vinculadas o subordinadas económicas de la empresa que realiza la inversión o adquiere las acciones"; Que mediante el artículo 10, literal b), de la Resolución 022 del 20 de febrero de 2001, la Comisión de Regulación de Energía y Gas dispuso que "Los generadores, distribuidores y comercializadores, o las empresas integradas verticalmente que desarrollen de manera conjunta más de una de estas actividades, no podrán tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del quince por ciento (15%) del capital social de una empresa de Transmisión Nacional existente o futura, ni podrán con respecto a esa empresa, tener posición de controlada y/o controlante";

Que mediante la Resolución CREG 01 de 2006, la Comisión de Regulación de Energía y Gas derogó el artículo 5o de la Resolución CREG 128 de 1996, que establecía que "ninguna empresa podrá tener más del veinticinco por ciento (25%) de la actividad de distribución";

Que mediante la Resolución CREG 090 de 2007, la Comisión ordenó publicar el proyecto de resolución, "por la cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria";

Que dentro del término establecido en la Resolución CREG 090 de 2007 presentaron comentarios las empresas Interconexión Eléctrica S.A., Empresas Públicas de Medellín E.S.P, Codensa S.A. E.S.P., Electricaribe S.A. E.S.P -Electrocosta S.A. E.S.P. y Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., los cuales se analizan en el Documento CREG 078 de 2007;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su Sesión 349 del 21 de noviembre de 2007, por unanimidad, aprobó expedir la presente resolución antes del vencimiento del plazo de treinta (30) días previsto en el artículo 9o del Decreto 2696 de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del mismo artículo y el artículo 2o de la Resolución CREG-097 de 2004, por razones de oportunidad, teniendo en cuenta que están en curso procesos importantes de enajenación de activos,

RESUELVE:

Artículo 1o. Con el fin de mantener la separación de actividades establecida en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, **las empresas de servicios públicos constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994, que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional no podrán absorber empresas de servicios públicos creadas con posterioridad a la vigencia de dicha ley, que tengan por objeto desarrollar cualquiera de las actividades de Transmisión, generación y distribución de energía eléctrica [...]** (negrillas fuera de texto).

II.2. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

Sobre la finalidad⁵ de las medidas cautelares la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“[...] Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido [...]”⁶

En este sentido, la Constitución Política le reconoce a la jurisdicción contencioso-administrativa la potestad de suspender, provisionalmente, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, pero sólo *“[...] por los motivos y con los requisitos que establezca la ley [...]”⁷*.

En este punto cabe resaltar que uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA – Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para *“[...] proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia [...]”*.

En esta última disposición (artículo 229) se señala que las medidas cautelares proceden: *i)* en cualquier momento; *ii)* a petición de parte -debidamente

⁵ Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar también la providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: *“[...] se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se tome en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”*

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

⁷ Constitución Política, artículo 238.

sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Cabe advertir, que al juez o magistrado ponente solo se le permite decretar **medidas cautelares de oficio**, en los procesos de tutela de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en aquellos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.

En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.⁸

Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “[...] *podrá decretar las que considere necesarias [...]*”⁹. No obstante lo anterior, en los términos del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo regulado en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “[...] *documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla [...]*” (Resaltado fuera del texto).

⁸ Artículo 230 del CPACA.

⁹ Artículo 229 del CPACA.

Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora**. **El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. **El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho** [...]”¹⁰* (Negrillas fuera del texto).

Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

*“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad** [...]”¹¹* (Negrillas fuera de texto).

¹⁰ Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹¹ Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: «[...] Se ha sostenido en anteriores ocasiones: [...] Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’ // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA, da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...]».

Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, **(ii) *periculum in mora***, o perjuicio de la mora, y, **(iii)** la ponderación de intereses.

II.3. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo¹², se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231 y siguientes del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “[...] *evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho [...]*”¹³.

De otra parte, en relación con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), se tiene que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la “[...] ***manifiesta infracción de la norma invocada [...]***” indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad, se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en, referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el

¹² El artículo 230 del CPACA. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, «*una o varias de las siguientes*» cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta «*vulnerante o amenazante*», cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

¹³ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas¹⁴.

Entonces, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que, la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de “[...] *mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto* [...]”¹⁵.

¹⁴ Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo CPACA, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: “Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva.” (Resaltado es del texto).

¹⁵ Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: «[...] Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘**[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento**’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ []. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un **límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa** []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia [...]».(Negritas fuera del texto).

II.4. El caso concreto

En el caso que nos ocupa, la parte actora solicita la suspensión provisional de los efectos jurídicos del artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, "[...] por la cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria [...]", expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.

Para sustentar su petición, sostuvo que el acto acusado desconoció los artículos 74 de la Ley 143 de 1994 y 9º del Decreto 2696 de 2004, normas que son del siguiente tenor:

<i>Ley 143 de 1994</i>	<i>Decreto 2696 de 2004</i>
<i>Artículo 74. Las empresas que se constituyan <u>con posterioridad</u> a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrá tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.</i>	<i>Artículo 9º. Publicidad de proyectos de regulaciones. Las Comisiones harán público en su página Web, con antelación no inferior a treinta (30) días a la fecha de su expedición, todos los proyectos de resoluciones de carácter general que pretendan adoptar, excepto los relativos a fórmulas tarifarias, en cuyo caso se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 124 a 127 de la Ley 142 de 1994, reglamentado en el artículo 11 del presente decreto.</i> <i>Parágrafo. Cada Comisión definirá y hará públicos los criterios, así como los casos en los cuales las disposiciones contenidas en el presente artículo no serán aplicables a resoluciones de carácter general.</i>

El actor fundamentó la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional del artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, en que dicha disposición resulta violatoria del artículo 9º del Decreto 2696 de 2004, en tanto la CREG no cumplió con el término mínimo de treinta (30) días para su publicidad y posterior expedición.

En segundo lugar, sostuvo que el acto acusado restringió la posibilidad de que las empresas prestadoras del servicio público de energía eléctrica y demás

actividades complementarias bajo una misma denominación social pudieran utilizar el mecanismo societario de la fusión por absorción.

En este sentido afirmó que a la CREG le está prohibido el limitar la participación en el mercado y, en general, la potestad de integración vertical que el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 otorgó a las empresas de servicios públicos constituidas con anterioridad a la vigencia de ésta ley.

(i) Violación del artículo 9º del Decreto 2696 de 2004

Respecto del primer cargo relacionado con el término dentro del cual la CREG debía expedir la Resolución acusada, el actor consideró que el artículo 9º del Decreto 2696 de 2004 es claro al señalar que cuando una comisión de regulación pretenda expedir una resolución de carácter general y, siempre que no verse sobre la determinación de fórmulas tarifarias, previamente debe cumplir con el requisito de publicación del proyecto de resolución, por un término mínimo de treinta (30) días en la página web de la respectiva Comisión de Regulación, para que los interesados participen en un término que no podrá ser inferior a diez (10) días hábiles, mediante el envío de los comentarios para la formulación de la regulación.

Aseveró que, en el caso de autos, después del período mínimo de diez (10) días hábiles durante el cual la CREG recibió los comentarios de diferentes agentes, se expidió la Resolución 095 de 2007, en la cual se dictaron disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria, razón por la cual la resolución acusada se expidió de manera irregular al no cumplir con el término mínimo de treinta (30) días, pues tan sólo pasaron diecisiete (17) días hábiles. Agregó que aun cuando se aceptara que los días a que se refiere la norma son calendario, igualmente no se cumplió con el procedimiento previsto en la norma, toda vez que mediante esta metodología de conteo sólo trascurrieron veintisiete (27) días entre la publicación del proyecto de resolución y la expedición del acto administrativo acusado.

Al respecto y luego de efectuado un análisis preliminar, el Despacho considera que no es posible afirmar que la CREG desconoció las exigencias de oportunidad previstas por el ordenamiento jurídico, por cuanto, de una parte, dio aplicación a lo

dispuesto en el artículo 2º de la Resolución 097 de 2004¹⁶ y, por otra, el actor no aportó al plenario documento alguno del cual se desprenda que la justificación plasmada en el acto acusado contraviene el ordenamiento jurídico y los supuestos de hecho que se tuvieron en cuenta para su expedición.

En primer lugar, el Despacho recuerda que el artículo 9º *ibídem* establece la obligación de las Comisiones de hacer “[...] público en su página Web, con antelación no inferior a treinta (30) días a la fecha de su expedición, todos los proyectos de resoluciones de carácter general que pretendan adoptar, excepto los relativos a fórmulas tarifarias [...]”.

Sin embargo, en este mismo sentido se tiene que el párrafo de dicha disposición señala que cada Comisión definirá y hará públicos los criterios, así como los casos en los cuales el referido procedimiento de publicidad no será aplicable a resoluciones de carácter general.

En atención a lo anterior, la CREG expidió la Resolución 097 de 2004, mediante la cual se definieron los criterios, así como los casos en los cuales las disposiciones sobre publicidad de proyectos de resoluciones contenidas en el mencionado artículo 9º no serán aplicables a resoluciones de carácter general que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tal y como se observa a continuación

“[...] Artículo 2º. Además de los criterios señalados, no se deberá dar aplicación a la norma del artículo 9º del Decreto 2696 de 2004, en los siguientes casos:

“1. En la expedición de la resolución por la cual se determina el porcentaje de contribución de las empresas para cubrir los gastos en que incurra el regulador.

2. En la expedición de la resolución por la cual se adopta el Reglamento Interno de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

3. En aquellos casos concretos que, no estando previstos en los anteriores criterios generales, la Comisión, por unanimidad, encuentre que existen razones de conveniencia general y de oportunidad para expedirlas. En esta caso, en la parte motiva de la Resolución se deberán dejar consignadas expresamente tales razones [...]” (negrillas fuera de texto).

¹⁶ “[...] por la cual se definen los criterios, así como los casos en los cuales las disposiciones sobre publicidad de proyectos de resoluciones contenidas en el artículo 9º del Decreto 2696 de 2004 no serán aplicables a resoluciones de carácter general que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas [...]”.

De la lectura de la anterior disposición, el Despacho observa que la Comisión, por unanimidad, cuando encuentre que existen razones de conveniencia general y de oportunidad, dentro de los treinta (30) días en los cuales se está surtiendo la publicidad de los proyectos de actos administrativos de carácter general, podrá expedirlos dejando expresamente consignadas las razones que motivaron tal circunstancia.

En el *sub lite* y luego de la revisión de los considerandos del acto acusado, el Despacho advierte que la Comisión de Regulación de Energía y Gas expresamente señaló que “[...] en Sesión 349 del 21 de noviembre de 2007, **por unanimidad, se aprobó expedir la presente resolución antes del vencimiento del plazo de treinta (30) días previsto en el artículo 9º del Decreto 2696 de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del mismo artículo y el artículo 2º de la Resolución CREG-097 de 2004, por razones de oportunidad, teniendo en cuenta que están en curso procesos importantes de enajenación de activos [...]**” (negrillas fuera de texto).

Así las cosas, se tiene que para efectos de la expedición del acto administrativo acusado se tuvo en cuenta lo dispuesto en la regulación de la CREG, al cumplirse con el supuesto para la aplicación de la excepción de publicidad y oportunidad antes referida.

De otra parte, cabe resaltar que la parte actora omitió señalar, con precisión, las razones por las cuales considera que no se puede tener como justificante el hecho de que estaban en curso diferentes procesos de enajenación de activos y el accionante tampoco acreditó su afirmación en torno a que contaba con elementos de prueba para señalar que los procesos de enajenación se llevaron a cabo en una fecha “*muy posterior*” al momento en que se expidió la Resolución 095 de 2007. Dicho en otros términos, al analizar los argumentos de la parte actora, se tiene que de los mismos no se desprende a qué procesos hace referencia y tampoco de qué manera afectan la libre competencia en el sector eléctrico.

Igualmente, *prima facie*, no se encuentra acreditada la vulneración al derecho de los agentes del sector a participar y presentar los comentarios sobre la enajenación dentro del término habilitado para ello, toda vez que la CREG otorgó el término de los diez (10) días para el efecto, dentro del cual recibió los comentarios de las diferentes empresas, entre ellas, de Interconexión Eléctrica

S.A., de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., de Codensa S.A. E.S.P., de Electricaribe S.A. E.S.P., de Electrocosta S.A. E.S.P. y de la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P.; observaciones éstas que fueron objeto de análisis en el documento CREG 078 de 2007.

Por las razones expuestas, no se vislumbra la vulneración del ordenamiento jurídico invocado por la parte actora, dado que se cumplió con la carga de precisar las razones de oportunidad para la expedición del acto acusado, las cuales quedaron consignadas en la parte motiva de la respectiva resolución; razones que, por lo demás, no han sido desvirtuadas en esta primera etapa procesal.

(ii) Violación del artículo 74 de la Ley 143 de 1994

Respecto del segundo cargo relacionado con la violación del artículo 74 de la Ley 143 de 1994, el Despacho pone de relieve que dicha norma establece que **las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia** de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional **no podrá tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo, con excepción de la comercialización** que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

De lo anterior se tiene que son dos los supuestos que trae la referida disposición, a saber: 1) que se trate de empresas prestadoras del servicio público de electricidad **constituidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994**; y, 2) que las mismas no podrán realizar más de una de las actividades relacionadas con el servicio, exceptuándose la actividad de comercialización.

Lo anterior significa que el legislador estableció un límite a la libertad económica de las empresas que presten el servicio público de electricidad, que hagan parte del sistema interconectado nacional y **que se hubiesen constituido con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley**, esto es, que la restricción aplica solo para los nuevos operadores del servicio en comento.

De otra parte, el artículo 74 de la Ley 143 prevé que no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la

comercialización, la cual puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

Así, el límite a la libertad económica no puede hacerse extensivo a sujetos distintos a los previstos por esta disposición, ni tampoco se pueden variar las condiciones de aplicabilidad.

Cabe resaltar que, el artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, señaló un límite a la libertad económica para **las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica constituidas con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 143 de 1994** para absorber empresas cuyo objeto sea la transmisión, generación y distribución de energía.

En este sentido, el Despacho considera que la disposición acusada establece una prohibición que el legislador no previó en relación con empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica constituidas con anterioridad de la entrada en vigencia de la Ley 143 de 1994, esto es, una hipótesis sustancialmente distinta de la consignada en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994.

Nótese que si bien es cierto que el numeral 74.1¹⁷ del artículo 74 de la Ley 142 de 1994¹⁸ dispone que la comisión puede adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado, también lo es que, en ejercicio de la función administrativa, la Comisión no pueden contravenir lo dispuesto por la ley, de modo que si el legislador estableció un trato diferencial, como es el caso del artículo 74 de la Ley 143 *ejusdem*; precepto que goza de presunción de constitucionalidad; es claro que el regulador económico no puede establecer una regla de comportamiento diferencial que desconozca lo previsto por la ley.

La función regulatoria, en los términos del artículo 370¹⁹ de la Constitución Política Constitucional, debe ejercerse con sujeción a la ley, por lo que no resulta válido a la luz del ordenamiento jurídico vigente, establecer una restricción a las

¹⁷ “[...] 74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible. a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado [...]”.

¹⁸ “[...] Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones [...]”.

¹⁹ “[...] Artículo 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 [...]”.

actividades de las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de la plurimencionada Ley 143.

Cabe resaltar que esta Corporación²⁰ ya tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación con el alcance del artículo 74 de la Ley 143 de 1994, en el sentido de señalar que la citada disposición es clara en imponer este límite a la libertad económica solo para los nuevos operadores del servicio de electricidad que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, SIN, tal y como se observa a continuación:

***“[...] El precepto es claro en imponer este límite a la libertad económica solo para los nuevos operadores del servicio de electricidad que hagan parte del sistema interconectado nacional, SIN, que se constituyan a partir de la promulgación de la ley (art. 93), la cual tuvo lugar el 12 de julio de 1994 (Diario Oficial 41.434), dejando por fuera de su aplicación a los prestadores que —contrario sensu— se hayan constituido con anterioridad a la vigencia de la misma.*”**

[...]

Por manera que el artículo 74 de la Ley 143 solo impide a las empresas transmisoras que se constituyan con posterioridad a la vigencia de dicha ley participar en una actividad distinta de la propia (objeto exclusivo) y no a todos los transmisores, como adujo la entidad accionada.

El alcance reseñado del artículo 74 de la Ley 143 también lo ha expuesto la doctrina en los siguientes términos:

“A partir de la Constitución Política de 1991, la prestación de los servicios públicos se desenvuelve en un escenario de libre competencia de agentes, en especial, en las actividades que, por su naturaleza, no constituyen un monopolio natural. Excepcionalmente, las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de esta ley, desarrollan sus actividades en forma integrada, pero deben llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios públicos que presten, y los costos en que incurran deben registrarlos de manera explícita”.

De modo que la lectura del precepto no admite interpretaciones extensivas que contravengan sus precisos alcances.

[...]

En nuestro criterio, debe entenderse que esta limitación está orientada a imponer restricciones al objeto social, esto es, no se puede realizar más de un objeto social diferente al de transmisor

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de mayo de 2007. Rad.: 1998 – 5354. Magistrada Ponente: doctora Ruth Stella Correa Palacio

nacional. En la realidad existen algunas empresas que desarrollan las actividades de generación, transmisión y distribución como objeto social dentro de una misma unidad jurídica, facultadas por el artículo 74 que consagró la posibilidad de conservar la estructura integrada para las empresas que venían actuando antes de la Ley 143 [...]” (negrillas fuera de texto).

Por su parte, la Corte Constitucional²¹ ha sostenido que el regulador de los servicios públicos no puede desconocer lo establecido en la ley, y en tal sentido precisó:

“[...] En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación —como función presidencial delegable en las referidas comisiones— no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para ‘completar la ley’, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si este nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República —y, más grave todavía, a sus delegatarios— atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado (art. 113 Ibíd.), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (C.P., art. 150, núm. 10) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas.

En efecto, ‘completar’ según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa ‘añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan’, y ello implica que ‘regular’ ha sido erróneamente asimilado a ‘legislar’, en tanto ha sido entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga ‘con sujeción a la ley’, no ‘para completar la ley’.

Tampoco resultan ajustadas a la Constitución otras interpretaciones doctrinarias que han venido haciendo carrera en nuestro medio, **consistentes en que las resoluciones de las comisiones de regulación ‘en forma conjunta con la ley forman una proposición jurídica’, y que a diferencia de los decretos reglamentarios pueden ‘llenar los vacíos legislativos dejados por el legislador’, en la medida en que son actos de creación de derecho.**

Este tipo de interpretaciones es abiertamente opuesto a la Constitución, ya que ellas otorgan a los actos de las comisiones —que la Corte estima subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios— **un alcance normativo general de alta jerarquía y le confieren la atribución inconstitucional de ‘crear**

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000. Magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo. Decisión citada en la sentencia del Consejo de Estado antes citada.

derecho' en forma compartida con el legislador ordinario, o la de desplazarlo, e incluso la de formulación de normas 'como atribución constitucional propia'. Se ha llegado al extremo de definir las disposiciones reguladoras como una 'legislación secundaria', y ello bajo la desacertada importación de modelos foráneos que no encajan dentro de nuestro sistema jurídico, y que han sido acogidos sin tener en cuenta las muy diversas bases fácticas y jurídicas que han moldeado los diferentes sistemas. También se ha dicho erróneamente que, en virtud de la delegación, las comisiones podrían llegar a derogar leyes y aún a dictar normas 'de aplicación preferente frente a ellas', todo lo cual desnaturaliza el concepto mismo de delegación de funciones administrativas, pues excede los límites de ellas, y rompe la estructura de separación funcional prevista en la Constitución (C.P., arts. 113 y 150).

A juicio de la Corte, estas interpretaciones se apartan de los preceptos constitucionales, pues de ninguna forma se puede admitir que órganos administrativos asuman extraordinariamente una función legislativa, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Carta contempla en cabeza del Presidente de la República. Aceptar aquella posibilidad afectaría gravemente el principio democrático [...] (negrillas fuera de texto).

En este contexto y del estudio preliminar del acto acusado, el Despacho concluye que el artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, transgrede el artículo 74 de la Ley 143, razón por la que se decretará la suspensión del mismo, tal y como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,

RESUELVE:

DECRETAR como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos jurídicos del artículo 1º de la Resolución 095 de 2007, "[...] por la cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria [...]", expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, por las razones expuestas en este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Radicación número: 110010342400020130067700
Actores: JUAN JOSÉ ARANGO GARCÍA

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado