



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación núm.: 25000 23 24 000 **2008 00398 01**

Actora: COMERCIALIZAR S.A. ESP.

Demandado: Ministerio de Minas y Energía

Acto demandado: Resoluciones Nos. 180310 y 180778 de 2008, expedidas por el Ministerio de Minas y Energía.

Referencia: Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos del Ministerio de Minas y Energía. Facultad ilimitada del Ministerio para efectuar **auditorías** “*en cualquier tiempo*” a las ESP sobre las conciliaciones por subsidios y contribuciones. Y alcance limitado y reglado de la competencia de **cobro**.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad demandante contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

I.- COMPETENCIA



De conformidad con lo previsto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo ordenado en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y también de lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia:

II.- ANTECEDENTES

2.1. La Demanda.-

La sociedad COMERCIALIZAR S.A. ESP., interpuso demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en vigencia del Código Contencioso Administrativo¹ con el fin de que el Tribunal accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones.-

¹ Decreto Ley 01 de 1984.

Que "... se declaren nulos, los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 180310 del 06 de Marzo de 2008, por la cual el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA declaró a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. deudora de la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS, por la suma de CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS M/C (159.664.234.00), correspondientes a capital, rendimiento e intereses de mora, calculados al 14 de diciembre de 2007, por concepto de superávit, generado desde el año 2004 al año 2006, expedida por el señor Viceministro de Minas y Energía doctor MANUEL FERNANDO MAIGUASHCA OLANO, y en la Resolución No. 180778 del 27 de Mayo de 2008, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la citada resolución, expedida por el señor Ministro de Minas y Energía doctor HERNÁN JUAN JOSÉ MARTÍNEZ TORRES.

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos anteriormente individualizados, se restablezca en su derecho a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., declarando lo siguiente:

- a) Abstenerse de cobrar y ejecutar la suma de dinero por la cual se declaró deudora a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos – Ministerio de Minas y Energía, a través de la Resolución No. 180310 del 06 de Marzo de 2008, equivalente a CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS M/C (159.664.234.00), correspondientes a capital, rendimiento e intereses de mora, calculados al 14 de diciembre de 2007, por concepto de superávit, generado desde el año 2004 al año 2006, expedida por el señor Viceministro de Minas y Energía doctor MANUEL FERNANDO MAIGUASHCA OLANO.*
- b) Ordenar la terminación del proceso de jurisdicción coactiva iniciado en contra de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. por la referida presunta obligación, la cual a la fecha se encuentra suspendida por el acuerdo de pago con fecha 13 de agosto de 2008.*
- c) Dejar sin efecto el acuerdo de pago suscrito entre el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. con fecha 13 de agosto de 2008 y que en consecuencia se reintegren en su totalidad las sumas de dinero que COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. haya alcanzado a*



pagar a dicho Ministerio en cumplimiento de dicho acuerdo, así como los valores que mi representada llegare a pagar al Ministerio como financiación dentro de dicho acuerdo.

- d) Que el reintegro de las sumas de dinero a que haya lugar a favor de mi representada sean debidamente indexadas al momento de la sentencia que ponga fin al proceso.*
- e) Que se ordene dejar sin efecto la imputación de pagos hecha por el Ministerio sobre los periodos en controversia y sobre los cuales se pretende cobrar los rendimientos a mi representada, sobre el capital del superávit de las conciliaciones de las cuentas entre subsidios y contribuciones en cuestión y en consecuencia se cancelen los registros contables que tienen a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. como deudora de la entidad accionada.*
- f) Que se cancele la radicación y se archive el expediente abierto por la entidad accionada, con ocasión de las presuntas obligaciones objeto de este proceso.¹²*

2.3.- Hechos

2.3.1. El artículo 2º del Decreto reglamentario 201 de 2004 consagra el procedimiento interno para que las empresas de servicios públicos realicen la liquidación, reportes y validación de cuentas entre subsidios otorgados y contribuciones facturadas, así como la manera de efectuar los respectivos giros al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos del Ministerio de Minas y Energía (en adelante MINISTERIO), en relación con los superávit que pudieran

² Folios 20 y 11 de este Cuaderno.



llegar a presentarse entre los referidos subsidios y las contribuciones de dicho Fondo de Solidaridad.

2.3.2. COMERCIALIZAR S.A. ESP., (en adelante COMERCIALIZAR), y el MINISTERIO se involucraron en dicho procedimiento en razón del objeto social de la primera que es *“LA COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA Y DE COMBUSTIBLES, EN TODAS LAS FORMAS DE ELLOS Y PARA TODOS LOS USOS EN LOS DISTINTOS SEGMENTOS DEL MERCADO MAYORISTA Y MINORISTA EN EL TERRITORIO NACIONAL Y EN EL EXTRANJERO...”*³

2.3.3. COMERCIALIZAR dejó de cancelar parte de los rendimientos de los periodos comprendidos entre los cuatro trimestres de los años 2004 y 2005, y primero y segundo del año 2006.

2.3.4. En relación con el valor de los mencionados rendimientos el Ministerio no objetó las conciliaciones por falta de pago, y por el contrario las validó con expresa indicación de quedar en firme esa actuación.

2.3.5. En el segundo semestre de 2006 el MINISTERIO procedió a reabrir las conciliaciones de los anotados periodos recalculando retroactivamente desde el año 2004 la obligación de pagar los

³ Folio 83 vuelto ibídem.



rendimientos financieros incluyendo los intereses de mora y el capital por concepto de superávit.

2.3.6. COMERCIALIZAR controvertió la anterior decisión indicando que las validaciones ya se encontraban en firme, y entonces resultaba improcedente reabrir esos procedimientos.

2.3.7. Mediante Resolución No. 180310 del 6 de marzo de 2008 el MINISTERIO declaró a la demandante deudora por la suma de ciento cincuenta y nueve millones seiscientos sesenta y cuatro mil doscientos treinta y cuatro pesos (\$159.664.234.00) correspondientes a capital, rendimiento e intereses de mora, por superávit generado desde el año 2004 hasta el segundo trimestre del año 2006.

2.3.8. Contra la referida decisión la actora interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto desfavorablemente por medio de Resolución No. 180778 del 27 de mayo de 2008.

2.3.9. El 13 de agosto de 2008 se llegó a un acuerdo de pago entre COMERCIALIZAR y el MINISTERIO sobre la obligación en cuestión con el fin de evitar que continuaran incrementando los intereses de mora que desde ese entonces venía liquidando el MINISTERIO. Allí la actora se reservó el derecho de acudir a la Jurisdicción a efectos de discutir la legalidad de la referida actuación.



2.4.- Normas violadas y Concepto de Violación.-

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se desconocieron las siguientes normas: artículos 13 y 29 de la Constitución Política, artículos 27 y 1624 del Código Civil, y artículo 2 del Decreto 201 de 2004.

Los siguientes fueron, en síntesis, los argumentos de la demanda:

2.4.1. Primer Cargo: Indebida interpretación y aplicación del artículo 2º del Decreto 201 de 2004.-

a.- El MINISTERIO dio un alcance que no tiene a la anotada norma, pues entiende que el Decreto le permite efectuar auditorías en cualquier tiempo y reabrir las conciliaciones validadas, recalculando retroactivamente esas imputaciones.

Arguyó que el derecho a efectuar auditorías no tiene el alcance para desconocer las actuaciones que ya han sido cerradas en legal y debida forma, pues no se trata de un derecho absoluto.

b.- Preciso que las auditorías consisten en la facultad de verificar una información, pero en el caso que ya se encuentren validadas y en



firme, como aconteció en el caso que se examina, dichas actuaciones se consideran inmodificables y en consecuencia no se podrán hacer reliquidaciones sobre pagos que se hayan efectuado en la respectiva actuación.

c.- Considerar lo contrario sería tanto como afirmar que el administrado estaría en una incertidumbre e indefinición cuasi perpetua que tan sólo terminaría por periodo prescriptivo en desconocimiento del sentido común y de la lógica.

2.4.2. Segundo cargo: Violación del artículo 29 de la Constitución Política.-

Estimó que el demandado vulneró el derecho al debido proceso al no reconocer los efectos de firmeza que se deriva de la validación hecha sobre las conciliaciones de los periodos comprendidos entre el primer trimestre de 2004 y el segundo semestre de 2006, lo cual quebranta también los derechos adquiridos, el principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Precisó que el MINISTERIO no solicitó información adicional distinta a la enviada por COMERCIALIZAR en sus correspondientes conciliaciones, y tampoco llevó a cabo ninguna inspección contable que le permitiera determinar alguna inconsistencia en la veracidad de



la información reportada, lo cual indica que hubo falla en el servicio.

2.4.3. Tercer cargo: Vulneración del derecho a la igualdad.-

*El demandante afirma: "...a mi representada le asiste el derecho para que el Ministerio le reconozca iguales consecuencias legales a las que se derivarían en su contra en caso que el Ministerio hubiere realizado objeciones y mi representada hubiere guardado silencio, que sería la actuación que quedará en firme. Así las cosas, en virtud de haberse validado las conciliaciones objeto de controversia por parte del Ministerio, igual firmeza de la actuación debe reconocerse y prosperar en beneficio de mi representada por expresa prescripción legal del derecho fundamental a la igualdad."*⁴.

2.4.4. Cuarto cargo: Excepción de inconstitucionalidad.-

La interpretación que da el MINISTERIO al artículo 2º del Decreto 201 de 2004 es inconstitucional, por cuanto supone el enfrentamiento de dos derechos: uno, que se reputa del Ministerio entendido como la posibilidad de reabrir conciliaciones que previamente ha dejado en firme; y otro, que se relaciona con la certidumbre que tiene el administrado acerca de las actuaciones de la Administración.

⁴ Folio 10 ibidem.



En tal caso, como se trata de dos derechos en conflicto deberá hacerse un juicio de ponderación a efectos de determinar cuál debe prevalecer. Para el caso, el citado ejercicio debe concluir en favor del derecho al debido proceso, los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y los derechos adquiridos de la actora.

2.4.5. Quinto cargo: Omisiones en la actuación administrativa y vulneración del principio de confianza legítima.-

Tanto COMERCIALIZAR como el Ministerio de Minas y Energía incurrieron en errores involuntarios en el procedimiento establecido para las conciliaciones de sus cuentas entre subsidios y contribuciones, toda vez que, la primera omitió cancelar los rendimientos ocasionados por el superávit sobre los periodos en controversia, omisión que fue convalidada por el propio Ministerio durante dos años y medio, lo cual indujo a confiar de manera legítima que se encontraban saneadas.

Por su parte, el segundo, omitió objetar las mencionadas cuentas, lo cual significó que quedaran en firme.

Aseguró que con la omisión o negligencia del demandado se le causó un grave perjuicio económico, pues en el año 2006 la sorprendió con la



reapertura de actuaciones de los años 2004 y 2005 y la consecuente calificación de deudora de la Nación, situaciones que, reitera, se encontraban previamente definidas.

2.4.6. Sexto cargo: Violación del artículo 27 del Código Civil.-

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define de la siguiente forma los términos que a continuación se enuncian:

“- Objetar: Oponer reparo a una opinión o designio. Oponer una razón a lo que se ha dicho o intentado.

- Validación: Acción y efecto de validar. Firmeza, fuerza, seguridad o subsistencia de algún acto.

- Validar: Dar fuerza o firmeza a algo, hacerlo válido.”⁵

Aplicados los anteriores conceptos al caso que nos ocupa, se observa que cuando el MINISTERIO validó las cuentas de COMERCIALIZAR manifestó de manera legal su voluntad como Administración Pública, es decir, en términos de la Real Academia de la Lengua, le dio firmeza, fuerza, seguridad o subsistencia a su acto.

Señaló que se desconoció el tenor literal de la norma en comento, pues allí se indica que el MINISTERIO dictaría su validación en caso de no

⁵ Folio 15 ibídem.



encontrar objeciones, circunstancia que aconteció en el proceso de la referencia lo cual impedía que luego se reabriera investigación sobre cuentas no objetadas.

2.4.7. Séptimo cargo: Violación del artículo 1624 del Código Civil

De aceptarse que el tenor literal del artículo 2º del Decreto 201 de 2004 es ambiguo, debió interpretarlo a favor del deudor en aplicación del artículo 1624 del Código Civil.

2.4.8. Octavo cargo: Revocatoria directa

A la Administración no le es permitido revocar un acto administrativo de carácter particular sin el consentimiento del afectado. En ese caso, la vía procesal permitida por el ordenamiento jurídico es demandar la nulidad de su propio acto administrativo.

2.4.9- Noveno cargo: Obligación imposible como eximente de responsabilidad.-

La actuación del MINISTERIO no es justificable por imposible, pues contaba con todos los mecanismos, oportunidades e infraestructura para revisar la información presentada por la actora.



En tal virtud, el MINISTERIO está alegando a su favor su propia culpa, pues está advirtiendo expresamente que pasó por alto haber revisado las cuentas y haber objetado el pago de los rendimientos del capital del superávit entre subsidios y contribuciones que debió haber pagado.

III.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio de Minas y Energía**, mediante apoderado, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

3.1.- Indicó que en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 1º y 367 de la Constitución Política y en el artículo 89 de la Ley 142 de 1994 que consagran y desarrollan los principios de solidaridad y redistribución, les es impuesto a los estratos 5 y 6 y a los sectores industrial y comercial del país una contribución que tiene la finalidad de subsidiar a los usuarios de estratos 1, 2 y 3.

De conformidad con lo ordenado en las leyes 286 de 1996 y 632 de 2000 los superávit que se generen de dichos recaudos deben ser entregados al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos – Ministerio de Minas y Energía, recursos éstos que se incorporan al Presupuesto General de la Nación y con destino a inversión social, y por ello tienen carácter de recursos públicos.



En relación con la naturaleza de los recursos invocó la aplicación de la sentencia del 22 de marzo de 2007 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso número 2000-00240 (8861).

Concluyó que mientras esos dineros tengan el carácter de público y su destino sea para la inversión social, los rendimientos financieros pertenecen al Estado y mal podría el Ministerio, como administrador de dicho fondo no subsanarlas en su oportunidad, es decir, al realizar sus auditorías y verificar que se presentaron omisiones en las conciliaciones.

Así las cosas, la obligación de pago y/o giro de los rendimientos financieros generados por los superávits se encuentra establecida expresamente en el ordenamiento jurídico, y por lo tanto no es procedente que COMERCIALIZAR pretenda evadir su responsabilidad, y aun menos, alegar su propia culpa al afirmar que “por una equivocación involuntaria” dejó de cancelar los rendimientos financieros generados por superávits de 2004 a 2006.

3.2.- Señaló que de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 1998 y por el Consejo de Estado en fallo del 5 de mayo de 2000 proceso número 9873, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio emitió un concepto según el cual los



dineros objeto de la presente discusión son un “impuesto con destinación específica”, esto es, obligaciones fiscales, que son susceptibles de cobro sujetas a un término de prescripción de cinco (5) años de acuerdo con lo previsto en el artículo 817 del Estatuto Tributario.

Siendo ello así, la oportunidad para efectuar las reliquidaciones no se encontraba vencida para el caso bajo examen. Las anteriores consideraciones justifican que se efectúen auditorías posteriores.

3.3.- Distinguió entre las comunicaciones a través de las cuales se validan las conciliaciones y el título ejecutivo integrado por los respectivos requerimientos en los cuales se plasma una obligación clara, expresa y exigible. Sobre el particular transcribió un aparte de la Sentencia C-666 de 2000 proferida por la Corte Constitucional.

3.4.- Estimó que el hecho de haber suscrito acuerdo de pago por los rendimientos financieros generados por el superávit representa la aceptación de la obligación y el reconocimiento como deudor.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto en éste asunto.



V.-LA SENTENCIA APELADA

El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca** mediante sentencia del 16 de julio de 2012 negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

5.1.- 5.1.- Comenzó por estudiar la figura de los Fondos de Solidaridad y Redistribución del Ingreso contemplada en el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, cuya destinación se rige por lo dispuesto en el Capítulo V de la Constitución Política, es decir, tiene destinación social.

La sujeción a dicho régimen impone la adopción de un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los principios de equidad y solidaridad.

En ese entendido su naturaleza jurídica de esos recursos le imprime el deber legal de estar supeditados a los lineamientos contenidos en el Decreto 201 de 2004, razón por la cual se encuentran sometidos al procedimiento interno de liquidación, validaciones y transferencias de los excedentes de las contribuciones.

Tal procedimiento debe efectuarse cada tres meses y debe contener las conciliaciones de las cuentas de subsidios y contribuciones.



5.2.- Respecto de la vulneración del principio de confianza legítima sostuvo que si bien existía una desestabilización reconocida por la Administración que podía considerarse como que atenta contra los intereses de particulares, no es procedente aducir que desconozca ese principio, pues se trata del cumplimiento del deber legal de reportar adecuadamente las contribuciones de solidaridad y subsidios.

Resaltó que esos dineros se destinen a la generación, distribución y transporte de energía eléctrica y gas combustible (servicios públicos domiciliarios) a usuarios de estratos bajos y a expandir la cobertura en las zonas rurales de modo que se incentive la producción de alimentos y la sustitución de combustibles derivados del petróleo.

Para sustentar su discernimiento transcribió un aparte de la sentencia C-086 de 1998 según la cual los recursos ocasionados por el sobre costo en los servicios públicos domiciliarios tienen carácter de tributo.

5.3.- Afirma que cuando el Decreto 201 de 2004 se refiere a validación no puede entenderse como una terminación definitiva del procedimiento interno descrito, sino que debe realizarse una lectura armónica con lo dispuesto en el literal a) del artículo segundo ibídem, según el cual el *“Ministerio se reserva el derecho de efectuar las auditorías cuando lo estime necesario”*.



Con esta atribución se faculta a la Cartera Ministerial para efectuar las revisiones que considere necesarias, y en el momento que lo estime conveniente en aras de tramitar correctamente el procedimiento de las conciliaciones presentadas.

Sostuvo que tal facultad no podía restringirse dada la connotación de interés público y la finalidad de los recursos, que no es otra distinta a subsidiar el acceso a los servicios públicos domiciliarios de las personas de estratos bajos.

En tal escenario, mal puede alegarse que el error de la Administración valide las etapas posteriores, dado que ese error tiene un fin supremo relacionado con la concreción de los fines esenciales del Estado, mientras que el interés demostrado por la actora es simplemente lucrarse de los yerros de la Administración.

Llamó la atención en la aplicación de la sentencia T-470 de 2001 en cuanto a la prevalencia del interés general en contextos como el que ahora nos ocupa.

5.4.- En relación con la suscripción del acuerdo de pago indicó que se trataba del reconocimiento de una obligación líquida y exigible, que habilitaba la vía ejecutiva, del cual se infiere que se adquirieron las



calidades de deudor por parte de COMERCIALIZAR y de acreedor del Ministerio de Minas y Energía.

5.5.- Recalcó que no existe razón para reconocer en la empresa COMERCIALIZAR un derecho adquirido, por cuanto los recursos objeto del presente debate son recursos públicos y nunca dejaron de ser de propiedad estatal. Agregó que *“El no contemplarlos dentro de las conciliaciones enviadas al Ministerio de Minas y Energía, no podr[í]a ser razón suficiente para su apropiación, ni mucho menos implica el desconocimiento de que su pago debió efectuarse”*⁶.

VI. EL RECURSO DE APELACION

La **parte actora** interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

En el modelo de Estado adoptado, tanto la administración como los administrados son responsables frente a la Constitución y a la Ley, por acción y por omisión, lo cual indica que están sometidos al imperio de éstas y a sus consecuencias.

No obstante, para el Tribunal, el MINISTERIO no sería responsable

⁶ Folio 161 ibídem.



frente a sus omisiones, negligencia y desidia, cuando con ello ha generado en el particular **confianza legítima** sobre la base del principio y valor de la seguridad jurídica.

Adujo que no se dio aplicación al principio de la **buena fe** de la demandante al sorprenderla con un cobro sobre el cual la Administración ya había expresado por los conductos regulares su validación, so pretexto de tratarse de recursos públicos.

Bajo tales consideraciones, no es procedente que se afirme que el Estado no pierde la acción de cobro dada la naturaleza pública del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, pues se está trasladando una carga al administrado de manera irrazonable, desproporcionada e injusta, en un proceso de cobro de intereses sobre los cuales válidamente y en un proceso reglado por la propia administración, la respectiva cuenta se había convalidado.

VII.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del **Ministerio de Minas y Energía** allegó escrito de alegato oponiéndose a la prosperidad del recurso de apelación.

7.1.- Calificó los argumentos de la apelación como apreciaciones sobre los principios del Estado y de la administración pública.



7.2.- Reiteró que es inexacta la apreciación de falla del servicio, pues quien incurrió en error o falla fue precisamente COMERCIALIZAR, al no cumplir los procedimientos y normas que han establecido el funcionamiento del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos.

7.3.- En cuanto a la vulneración del principio de buena fe precisó que contrario a lo que se afirma, del examen de la actuación administrativa se desprende que las comunicaciones fueron siempre oportunas y concretas, al punto que se acordó un plan de pagos.

7.4.- En lo demás reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

VIII.- LA DECISION

La Sala no observa ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, y en consecuencia procede a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes,

IX.- CONSIDERACIONES



Del examen del recurso de apelación la Sala concluye que los problemas jurídicos a resolver son los siguientes: (i) Definir cuál es el alcance de la facultad del Ministerio de Minas y Energía para *“efectuar las auditorías respectivas cuando lo estime necesario”* sobre las cuentas conciliadas de subsidios y contribuciones de solidaridad. (ii) Si la anterior facultad de auditar comprende también la de cobrar al particular revocando actos administrativos, incluso sin su consentimiento. (iii) Establecer, en cualquier caso, el procedimiento que debe adelantar dicho Ministerio cuando advierta imprecisiones en las citadas cuentas trimestrales presentadas al Fondo por una ESP. (iv) Si para expedir los actos acusados, el Ministerio de Minas y Energía desconoció los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica y si configuran cargas desproporcionadas e irrazonables impuestas a COMERCIALIZAR, y si de ello se deriva su nulidad. (iv) Si la eventual nulidad conlleva el restablecimiento solicitado por la actora.

Para resolver los citados problemas jurídicos es necesario contextualizar la actuación que se censura, a efectos de entender los cuestionamientos que el actor le endilga al demandado.

9.1.- Subsidios tarifarios y Fondos de solidaridad y redistribución

La adopción del sistema de subsidios tarifarios cruzados en nuestro ordenamiento adoptado a través de la Ley 142 de 1994, implica que se



efectúe una estratificación, es decir, una clasificación de la población según sus condiciones socioeconómicas, a efectos de permitir que el principio de solidaridad y de redistribución del ingreso se cumplan efectivamente.

Para el caso concreto éste mecanismo es útil para determinar cuáles sectores de la población deben, además de pagar los costos propios de los servicios públicos de que son usuarios, asumir un pago adicional con el fin de colaborar con otro sector de la población que no ostenta los recursos suficientes para cubrir los costos reales de dichos servicios⁷.

Una vez se efectúa el recaudo en las facturas de cobro de los consumidores de los estratos 4, 5 y 6, las empresas de servicios públicos deben destinar estos recursos a cubrir los costos del servicio no cobrado a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3. Tales movimientos deben quedar reflejados en la contabilidad de la empresa.

Los excedentes que se presenten por este concepto deben trasladarse a fondos de solidaridad y reingreso de carácter nacional⁸.

Ese fondo al que deben girarse los recursos provenientes de los excesos o superávit en el caso de la prestación del servicio de energía eléctrica y

⁷ Sentencia C – 257 de 1997.

⁸ Sentencia C-086 de 1998.



gas combustible es el FSSRI, fondo del que se hablará en los siguientes capítulos.

La figura de los fondos con destinación social se encuentran regulados en el Capítulo V “*De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos*” del Título XII “*Del régimen económico y de la hacienda pública*” de la Constitución Política, y en el artículo 89 de la Ley 142 de 1994 que se refiere al Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso con destinación social.

Las leyes 286 de 1996 y 632 de 2000 desarrollan las normas constitucionales, determinan la naturaleza jurídica de estos recursos e imponen la adopción de un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los principios de equidad y solidaridad.

Por su parte, el Decreto reglamentario 201 de 2004, establece el procedimiento de conciliación (liquidación, validaciones y giros) de las cuentas de subsidios y contribuciones.

9.2.- Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos – FSSRI. Procedimiento de conciliación de cuentas.



9.2.1.- Mediante las Leyes 142 de 1994 y 286 de 1996, fue creado el FSSRI como un fondo cuenta para administrar y distribuir los recursos que el Presupuesto Nacional le asigna, y para que una vez ello ocurra, se cubran los subsidios del servicio público domiciliario de energía eléctrica y gas a los usuarios de menores ingresos.

9.2.2.- El FSSRI se rige por los Decretos 847 de 2001⁹ y 201 de 2004¹⁰, que reglamentaron las citadas Leyes, donde se establecen los procedimientos de liquidación, cobro, recaudo y manejo de los subsidios y de las contribuciones de solidaridad en materia del servicio de energía eléctrica y gas.

Los apartes pertinentes de norma enunciada son los que a continuación se resaltan:

"Artículo 2°. Procedimiento interno. Modificase el artículo 5° del Decreto 847 del 11 de mayo de 2001, el cual queda así:

"Artículo 5°. Procedimiento interno. Las entidades prestadoras de servicios públicos, efectuarán y enviarán trimestralmente al Ministerio de Minas y Energía, la conciliación de sus cuentas de

⁹ "Por el cual se reglamentan las Leyes [142](#) y 143 de 1994, 223 de 1995, 286 de 1996 y 632 de 2000, en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física."

¹⁰ "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 847 del 11 de mayo de 2001, en relación con el procedimiento de liquidación, reportes, validación y transferencias en materia de subsidios y contribuciones de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física."

subsidios y contribuciones de solidaridad, de conformidad con lo dispuesto en este artículo y la metodología establecida por el Ministerio de Minas y Energía.

Literal a) Liquidación, reportes y validación. Los comercializadores, autogeneradores y transportadores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, efectuarán liquidación trimestral de subsidios y contribuciones por mercado de comercialización, según definiciones 1.9, 1.10 y 1.11 del presente decreto, con corte al último día de cada trimestre calendario, teniendo en cuenta los subsidios otorgados, las contribuciones facturadas, los giros recibidos de los comercializadores no incumbentes, incluyendo los rendimientos o intereses de mora, las transferencias del Presupuesto de la Nación y/o Entidades Territoriales por pagos por menores tarifas y los giros del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos.

Los comercializadores, autogeneradores y transportadores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, deberán reportar al Fondo de Solidaridad - Ministerio de Minas y Energía, la conciliación trimestral de sus cuentas de subsidios y contribuciones, dentro de treinta (30) días calendario siguientes al cierre del respectivo trimestre, de conformidad con la metodología establecida por este Ministerio, anexando toda la información soporte requerida, para su validación.

El Ministerio emitirá su validación mediante comunicación escrita en el evento de no encontrar ninguna objeción. En caso contrario, los comercializadores podrán justificar las diferencias remitiendo al Ministerio la información aclaratoria dentro del mes siguiente a la fecha en la que reciba la comunicación escrita sobre el particular. Si transcurrido este plazo el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos no recibe las aclaraciones que justifiquen la diferencia, la validación final se hará con base en la validación inicial realizada por el Ministerio de Minas y Energía, la cual quedará en firme. **Este Ministerio se reserva el derecho de efectuar las auditorías respectivas cuando lo estime necesario.**

En el caso de empresas que presenten un mayor superávit con la validación final, la diferencia entre el valor validado por el



Ministerio de Minas y Energía y el reportado por la empresa deberá ser girada, junto con sus rendimientos, calculados de acuerdo con la tasa de corrección monetaria a partir del día siguiente del cierre del trimestre calendario respectivo, al comercializador incumbente o al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, según sea el caso, de acuerdo con las instrucciones establecidas por el Ministerio de Minas y Energía.

Literal b) Giros...". (Resaltado y subrayas fuera de texto).

De lo expuesto la Sala concluye que las empresas de servicios públicos deben efectuar y enviar trimestralmente al MINISTERIO la conciliación de sus cuentas de subsidios y contribuciones de solidaridad.

Si no lo hacen o guardan silencio, la liquidación oficial se hace con base en la liquidación inicial del Ministerio la cual queda en firme, sin perjuicio de las compulsas administrativas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios¹¹, a los organismos de vigilancia disciplinaria y a la justicia penal.

Si el Ministerio no encuentra ninguna objeción, emitirá su validación mediante comunicación escrita con constancia de quedar en firme. Pero si encuentra alguna se la hace saber a la Empresa de Servicios

¹¹ De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del mismo artículo 5º que es del siguiente tenor: "**Parágrafo 2º.** El incumplimiento de envío de la información dentro del plazo establecido de la liquidación trimestral, será reportado por el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo pertinente a su función de vigilancia y control."



Públicos (en adelante ESP.) la cual tiene un mes para justificar las diferencias.

Ahora bien, si la objeción es corregida a satisfacción el Ministerio emitirá su validación escrita.

Finalmente, dependiendo del tipo de empresa tiene un plazo legal para hacer el giro.

9.3.- Alcance y procedimiento de la facultad de auditar las cuentas en el marco del Decreto 201 de 2004.-

De conformidad con lo expuesto en las disposiciones transcritas es claro para la Sala que el Ministerio de Minas y Energía tiene la facultad atemporal de realizar **auditorías -en cualquier momento-** sobre las cuentas presentadas para conciliación por las comercializadoras, esto es, durante el propio trámite de conciliación o con posterioridad a este. Así lo confirma el artículo 5º del Decreto reglamentario 847 del 11 de mayo de 2001: *“Este Ministerio se reserva el derecho de efectuar las auditorías respectivas cuando lo estime necesario.”*

La **auditoría** entonces consiste en hacer la verificación de que la información suministrada se ajuste a la realidad.



De lo expuesto surge la pregunta de si tal atribución (realizar auditorías) implica la posibilidad de reabrir conciliaciones validadas previamente por el MINISTERIO, a efectos de modificar las cuentas conciliadas por concepto de subsidios, contribuciones o superávit de las empresas prestadoras de servicios públicos. En otras palabras, el problema gira en torno a definir cuál es el procedimiento que debe adelantar el MINISTERIO cuando quiera que encuentre una irregularidad en las cuentas conciliadas por virtud de una auditoría realizada sobre tales documentos y sobre la cual ya se ha pronunciado validándola.

Para responder al anterior interrogante es necesario aludir a dos escenarios posibles que dependen del momento en el cual el Ministerio encuentra la irregularidad, a saber: El primer escenario tiene que ver con que advierta la irregularidad en el trámite de presentación de las cuentas descrito en el artículo 5º del Decreto 201 de 2004, caso en el cual el trámite a seguir es el de la objeción en la forma indicada en el anterior acápite.

La segunda hipótesis se presenta cuando el Ministerio descubre alguna inconsistencia después de validar las cuentas, es decir, una vez ya ha quedado en firme la decisión de entender ajustadas al ordenamiento jurídico las liquidaciones presentadas por las Comercializadoras.



Al respecto el Decreto 201 de 2004 no regula ningún procedimiento, lo cual hace que se aplique el Código Contencioso Administrativo, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero de dicho estatuto¹², imponiendo a la Administración la opción de escoger uno de dos caminos posibles, a saber: agotar el procedimiento de revocatoria directa, o demandar su propio acto ante la Jurisdicción en ejercicio de la acción de lesividad.

Lo anterior por cuanto el alcance de la disposición de reconocer en el MINISTERIO la facultad de hacer auditorías debe ser concebida como la atribución atemporal de poder revisar las cuentas que le son presentadas. Sin embargo esta es una norma de competencia que en modo alguno está definiendo el procedimiento especial para adelantar la auditoría. De modo que, ante dicho vacío en la regulación deberá

¹² **Artículo 1o. Campo de Aplicación.** *Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades".*

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.

Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.

Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción."
(Subrayado fuera de texto).



acudirse al procedimiento general previsto en el ya citado artículo 1º del CCA.

No obstante, antes de estudiar el caso a la luz de las reglas generales del procedimiento previsto en el citado estatuto, resulta imperioso distinguir la facultad de auditar ya descrita de la acción de cobro dispuesta en el artículo 817 del Estatuto Tributario.

9.3.1. Acción de cobro

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C – 086 de 1998, es claro que los recursos que administran los Fondos de Redistribución de Contribuciones e Ingresos son tributos de carácter nacional con destinación específica¹³, y por lo tanto las obligaciones que

¹³ Los siguientes fueron los argumentos expuestos en la providencia aludida: “Así las cosas, es necesario afirmar que la carga tributaria impuesta a los usuarios de servicios públicos de los estratos 5 y 6, y a los de los sectores industrial y comercial, es una renta de carácter nacional con una destinación específica, de las que excepcionalmente autoriza la Constitución, al estar destinadas a inversión social, término éste que en su momento fue definido por esta Corporación como “gastos ... que tienen como finalidad la de satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social, bien sea a través de la prestación de los servicios públicos, el subsidio de ellos para las clases más necesitadas o marginadas...” (Sentencia C-590 de 1992. Magistrado Ponente, doctor Simón Rodríguez Rodríguez).

La ley ha asignado a cada una de las empresas de servicios públicos, sean ellas oficiales, mixtas o privadas, la facultad de compensar con lo que reciban del sobrecosto cobrado a determinados usuarios, los montos dejados de percibir de usuarios a quienes no se les cobra el costo real del servicio. Es decir, que estos dineros, en la medida que compensen el menor valor facturado a los estratos 1, 2 y 3, son propiedad de cada una de las empresas prestadoras de estos servicios. Es sobre este monto que la Constitución y la ley deben otorgar la protección correspondiente.

En otros términos, las empresas de servicios públicos se pueden reputar propietarias de las sumas recaudadas por concepto de la contribución de que trata la ley 142 de 1994, en la medida que ellas compensen el valor que se han dejado de cobrar a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3.

No sucede lo mismo con los excedentes que por estos cobros se puedan generar, pues corresponde a la ley determinar su destinación y, como dineros públicos que son, las empresas prestadoras de estos servicios no pueden apropiárselos, pues están obligados a girar estos dineros a los fondos de solidaridad, de conformidad con lo dispuesto en las normas vigentes.

Si bien se ha dicho que las sumas recaudadas por concepto de esta contribución, pasan a integrar el patrimonio de las empresas recaudadoras, ello sólo es cierto en la medida que esas sumas cubran lo que se ha dejado de cobrar a los usuarios de los estratos bajos. Sin embargo, los excedentes como dineros públicos que son (artículo 89.6 de la ley 142 de 1994), no pueden ser apropiados por las empresas prestadoras del servicio, sea cual fuere su naturaleza.

Debe entenderse que estos excedentes no hacen parte de la retribución del servicio, razón por la que las empresas prestadoras de servicios no pueden pretender que les pertenecen, pues los costos que genera la prestación de estos servicios están cubiertos con las tarifas correspondientes, como ya se explicó.

El que la ley de servicios públicos hubiese autorizado a los fondos de solidaridad y redistribución de las distintas entidades territoriales, para administrar estos excedentes, fijando la forma como deben ser distribuidos, no permite afirmar que estos dineros pasen a formar parte de las rentas de las distintas entidades, y, en consecuencia, que no se pueda modificar la destinación que puede dárseles.

Por tanto, el legislador, en relación con estos excedentes, puede darles la destinación que considere apropiada, siempre y cuando con ello se dé cumplimiento a los principios que la Constitución ha trazado, en relación con la prestación de los servicios públicos domiciliarios: acceso, cobertura, redistribución y solidaridad, entre otros.

Así las cosas, no podría entenderse cómo, si las distintas entidades prestatarias de los servicios públicos domiciliarios presentan superávits por concepto del gravamen que recaudan de los estratos correspondientes, la ley no pueda señalar la forma de reinvertirlos, en su propio sector, a nivel municipal, departamental o nacional, contribuyendo con el Estado a cumplir su función de generar bienestar general y mejorar la calidad de vida de la población (artículo 366 de la Constitución). Es claro que en este campo, la Constitución reconoció al legislador una amplia facultad de regulación. Por ello, considera la Corte que no desconoce ningún derecho de los entes territoriales, una norma que establezca no sólo el carácter nacional de la contribución que se cobra a determinados usuarios de servicios públicos domiciliarios, sino la de los excedentes correspondientes.



surgen del manejo de tales dineros son obligaciones tributarias a las cuales les es aplicable el Estatuto Tributario en lo pertinente, inclusive en lo que tiene que ver con la prescripción de la acción de cobro vista en el artículo 817 ibídem, que es del siguiente tenor:

“Artículo 817. Término de prescripción de la acción de cobro. La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*
- 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.*

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas respectivas”.

Estos excedentes no pueden tener una naturaleza distinta a la del gravamen que los origina. Por tanto, el legislador puede, para efectos de su administración y, como una forma de dar aplicación al principio de redistribución del ingreso, ordenar su traslado a fondos especiales de solidaridad y redistribución de carácter municipal, distrital, departamental o nacional, sin que por esto se conviertan en rentas de las distintas entidades territoriales.

El que estos fondos hagan parte del presupuesto de cada entidad territorial, no significa que los dineros que ellos reciben por concepto del superávit que se pueda generar por la recaudación de este impuesto, sean de su propiedad, pues las entidades territoriales no tienen sobre estos recursos capacidad de disposición, dado que la ley fija directamente su destinación.”
(Subrayado y resaltado de la Sala).



Observa la Sala que tal predicamento supone que exista una obligación tributaria y que el ente administrador de esos recursos no haya hecho ningún pronunciamiento al respecto, esto es, que aún no haya hecho exigible el deber tributario respectivo, o en otras palabras, que no haya cobrado la obligación tributaria.

En tal orden, como en el caso concreto la obligación tributaria de presentar las conciliaciones de las cuentas ante el FSSRI fue atendida por la actora y posteriormente fue validada por el MINISTERIO, no hay lugar a aplicar la prescripción de la acción de cobro anotada, pues, se reitera, la obligación se cumplió y la entidad pública se pronunció.

Cuestión distinta se podría presentar en el caso de que COMERCIALIZAR no hubiere presentado las cuentas al MINISTERIO, caso en el cual éste tiene la posibilidad de cobrar la obligación tributaria durante cinco (5) años después de los supuestos vistos en los numerales del artículo 817 ibídem.

Queda claro entonces que las auditorías de las que habla el Decreto 847 de 2001 y la acción de cobro que regula el Estatuto Tributario supone dos contextos diferentes, y que para el asunto de la referencia lo dispuesto por el artículo 817 ibídem no es aplicable.



En consecuencia, pasará la Sala a analizar el caso a la luz de las reglas generales de procedimiento ordenadas en el CCA., en acatamiento del ya transcrito artículo 1º de dicho estatuto.

9.4.- Revocatoria directa

9.4.1.- Concepto y naturaleza jurídica

La revocatoria directa es una figura jurídica en virtud del cual la Administración, de oficio o a solicitud de parte, deja sin efectos los actos expedidos por ella misma, en razón de las causales que de manera expresa y específica prevé la ley.

Sobre el particular resulta pertinente traer a colación la sentencia calendada el 3 de noviembre de 2011,¹⁴ en donde la Sala analizó concienzudamente el concepto y alcance de éste mecanismo administrativo:

“En nuestro ordenamiento la revocatoria no tiene una naturaleza jurídica definida. No obstante, del examen de la normativa positiva que la regula (artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo) se puede concluir que tiene dos modalidades: de un lado, como mecanismo de utilización directa por parte del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y, de otro, como medida unilateral de la Administración para dejar sin efecto decisiones adoptadas por ella misma.”

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 3 de noviembre de 2011, Exp. Núm.: 11001-03-24-000-2006-00225-00.

En el primer caso, se trata de un mecanismo procedimental similar a los recursos típicos de las actuaciones administrativas, pero con unas oportunidades y procedimientos diversos, razón por la cual esta modalidad se califica por algunos como un recurso extraordinario. Su carácter de recurso, en sentido amplio, se da al ser una forma para procurar que el organismo que expidió el acto lo revise por las causales que la ley consagra especialmente para ello. Su condición de extraordinario, se desprende del hecho de que formal o técnicamente se surte por fuera del procedimiento administrativo, independientemente de que éste haya concluido o no, y de forma alternativa e incompatible con los recursos constitutivos de la vía gubernativa (llamados recursos ordinarios), con los cuales se diferencia en los aspectos procedimentales básicos.

En el segundo caso, es un mecanismo ya no alternativo sino adicional al de la vía gubernativa, del que puede hacer uso la Administración de manera oficiosa, bajo ciertas circunstancias y limitaciones, para revisar y corregir la manifiesta antijuridicidad, inconveniencia, o el agravio injustificado que cause alguno de sus actos administrativos. Es, en efecto, un mecanismo unilateral de la administración otorgado por el legislador, con el fin de revisar sus propias actuaciones y, dentro del contexto de la actuación oficiosa, sacar del tránsito jurídico decisiones por ella misma adoptadas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.C.A., los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; 2) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él; o 3) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

9.2.2.- Revocatoria de actos particulares. Consentimiento expreso y escrito del titular del derecho, como regla general. Excepciones a esa regla

Por la especial protección de los derechos subjetivos en el ordenamiento jurídico, los actos administrativos que crean o modifican una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocen un derecho de igual

categoria, por regla general, no podrán ser revocados sin el previo consentimiento expreso y escrito del respectivo titular del derecho.

Este consentimiento es, pues, una condición sin la cual no le está permitido a la Administración revocar directamente un acto administrativo de esta clase, bien sea de oficio o a solicitud de parte. Cuando se habla de expreso, quiere decir que haya una manifestación externa por parte del titular en el sentido inequívoco de que da su consentimiento para que el acto sea revocado, con la sujeción a una formalidad que cabe considerarse como sustancial, como es la de que debe ser en forma escrita.

Si el titular del derecho no otorga el consentimiento en esa forma, la Administración debe acudir a la jurisdicción contencioso administrativa mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, denominada en la doctrina como acción de lesividad, con el fin de procurar la anulación del respectivo acto.

Esta regla general, sin embargo, tiene dos excepciones. Ciertamente, por disposición legal, el acto administrativo particular puede ser revocado, aún sin el consentimiento del titular del derecho, cuando el acto resulta de la aplicación del silencio administrativo positivo, o cuando es evidente que el acto se produjo por medios ilegales.

La mencionada regla general y las excepciones a ésta, están consagradas en el artículo 73 del C.C.A., en los siguientes términos:

“Artículo 73.- Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.”

Sobre el particular, es pertinente recordar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia de 16 de

julio de 2002¹⁵ revisó el entendimiento que la jurisprudencia de lo contencioso administrativo le había dado al artículo citado, para precisar que "... tal como quedó redactada la norma del artículo 73, son dos las circunstancias bajo las cuales procede la revocatoria de un acto que tiene efectos particulares, sin que medie el consentimiento del afectado: una, que tiene que ver con la aplicación del silencio administrativo y otra, relativa a que el acto hubiere ocurrido por medios ilegales."¹⁶

En esta sentencia, al analizarse el contenido y alcance de la segunda excepción, se precisó lo siguiente:

*"Sobre este punto de la revocación de los actos administrativos, es relevante señalar que el acto administrativo a que se refiere la parte final del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso administrativo, **es al acto ilícito**, en el cual la expresión de voluntad del Estado nace viciada bien por violencia, por error o por dolo, no al acto inconstitucional e ilegal de que trata el artículo 69 del C.C.A., que habiéndose formado sin vicios en la manifestación de voluntad de la administración, pugna contra la Constitución o la ley.*

La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica porqué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.

Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero, pues en eso la ley no hace diferencia. Pero además, el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin

¹⁵ Expediente IJ-029, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

¹⁶ Antes de este pronunciamiento, la interpretación que hizo la Sala Plena del artículo 73 del C.C.A sólo contempló la posibilidad que tienen las autoridades de revocar los actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento del particular, cuando se deriven del silencio administrativo positivo.

consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.

[...]

Los criterios jurisprudenciales anteriores son perfectamente aplicables para interpretar el inciso segundo del artículo 73, ya que se requiere que se den unas condiciones especialísimas para que la administración enmiende la situación aberrante y antijurídica que se presenta en su acto ilícito. Y en esta intelección de la norma es necesario hacer énfasis en el hecho de que la ocurrencia de medios ilegales debe ser debidamente probada. Es decir, se requiere que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración. Debe darse una evidencia de que el acto ilícito ha ocurrido por medios ostensiblemente fraudulentos y [estar] debidamente demostrada tal situación. Es por ello, que debe seguirse el procedimiento del artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, el que a su vez remite a la actuación del artículo 28 (comunicación a los interesados de la actuación administrativa y citación) con el fin de que el administrado haga uso del derecho de defensa y contradicción.

Y en este punto, debe ser enfática la Sala en señalar, **que es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca, como quiera que debe darse una evidencia de ello. En esa medida, en la motivación del acto revocatorio la administración está obligada a dejar constancia expresa acerca de los elementos de juicio que la llevaron a tal conclusión, previo, se repite, la comunicación y citación del particular afectado, con el fin de que pueda defenderse de tal decisión, como lo prevé el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo. Resulta pertinente resaltar que además de la defensa en sede gubernativa, el administrado puede controvertir la decisión en sede contenciosa, si considera que la actuación de la administración lo ha lesionado en su derecho.** (Destaca la Sala).

Se requiere pues para revocar el acto administrativo de carácter particular, sin autorización escrita del administrado, como ya lo ha señalado la Sección Tercera de esta Corporación **“que se trate de una abrupta abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada...”**. Entendida tal actuación ilícita, como se dijo en párrafos antecedentes, como un vicio en la formación de la voluntad de la administración, que bien puede ocurrir por error, fuerza o dolo.” (negritas del texto original y subrayado de la Sala)”.



En la providencia anotada se llamó la atención sobre la necesidad de adelantar el procedimiento de revocatoria del artículo 74 del C.C.A., incluso en los eventos en que no deba procederse a obtener el consentimiento del titular del derecho, aspecto éste que se abordará a continuación.

9.4.2.- Procedimiento

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, ya sea que la revocatoria proceda con o sin el consentimiento del particular titular del derecho, tal decisión está sometida, en todo caso, al procedimiento establecido en el artículo 74 ibídem. Dicho artículo señala al respecto lo que sigue:

“Artículo 74. Procedimiento para la revocatoria de actos de carácter particular y concreto. Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código. (...).”

El artículo 28 al que remite se ubica en el Capítulo VII “*De las actuaciones administrativas iniciadas de oficio*” y señala:

“Artículo 28.- Deber de Comunicar. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a estos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.



En estas actuaciones se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35. “

Estos artículos establecen a su vez que:

*“**Artículo 14.-** Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.*

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente.”

*“**Artículo 34.-** Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.”*

*“**Artículo 35.-** Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que deberá ser motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.*

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere el titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.”

El artículo 74 que, como se ha visto, remite al artículo 28 del mismo Código y éste a su vez a las normas relativas a la citación del interesado (art. 14 C.C.A.), la oportunidad para presentar pruebas (art. 34 C.C.A) y los presupuestos para la adopción de decisiones (art. 35 C.C.A), consagra en consecuencia la materialización de lo dispuesto en el artículo 29 Superior, es decir, la concreción del derecho a un **debido proceso**, el cual debe aplicarse cuando quiera que se proceda a la revocatoria de un acto administrativo de carácter particular, bien sea que se requiera obtener el consentimiento del titular del derecho, o que, tratándose de las excepciones antes analizadas, no se exija ese beneplácito.

Tal postura también fue aceptada por la Corte Constitucional en sentencia T-216 de 2006, veamos:

“(i) En relación con los actos administrativos que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, es necesario obtener el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular para poder proceder a su revocatoria directa. (ii) La anterior regla general conoce dos excepciones a las que se refiere el inciso 2° del artículo 73 del C.C.A: una, la del acto que resulta de la aplicación del silencio administrativo positivo, y otra que se configura cuando es manifiesto que el acto administrativo fue obtenido ilícitamente. (iii) En los dos supuestos anteriores, la Administración tiene la facultad de revocar su propio acto aún sin consentimiento del beneficiario, siempre que se agote como mínimo el procedimiento previsto en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo y que la manifiesta ilegalidad, tanto de las conductas reprochadas, como de los medios utilizados para lograr la expedición del acto administrativo, esté



plenamente probada en el procedimiento administrativo que contemplan las referidas disposiciones.¹⁷ (Subrayado y resaltado de la Sala).

9.5. Caso concreto

9.5.1.- Tal y como se describió en el acápite de Hechos de la presente providencia, la empresa COMERCIALIZAR presentó ante el MINISTERIO la conciliación de subsidios otorgados y contribuciones facturadas y/o recaudadas en los cuatro trimestres de 2004, en los dos últimos trimestres de 2005 y en los tres primeros trimestres de 2006, según consta en los folios 45 a 68 del expediente del Tribunal.

Allí también se advierte que cada una de esas conciliaciones fue validada por el MINISTERIO¹⁸ en los siguientes términos:

“La revisión y los cálculos efectuados por este Ministerio, con base en información por ustedes presentada, permitió validar la conciliación reportada por la empresa obteniéndose los siguientes resultados:

(...)

¹⁷ Sentencia T-215 de 2006.

¹⁸ Los siguientes son los oficios en los cuales consta la validación presentada por COMERCIALIZAR de cada periodo: REG. 412939 del 13 de julio de 2004 (folios 45 a 47 del Cuaderno del Tribunal), REG. 415980 del 26 de agosto de 2004 (folios 48 y 49 ibídem), REG. 423304 del 2 de diciembre de 2004 (folios 50 y 51 ibídem), REG. 504473 del 10 de marzo de 2005 (folios 52 y 53 ibídem), REG. 524075 del 25 de noviembre de 2005 (folios 54 y 55 ibídem), REG. 606121 del 6 de abril de 2006 (folios 56 y 57 ibídem), Rad. 2006003450 del 23 de junio de 2006 (folios 58 y 59 ibídem), Rad. 2006016054 del 19 de septiembre de 2006 (folios 60 a 63 ibídem) y Rad. 2006029916 del 15 de diciembre de 2006 (folios 64 a 68 ibídem).



Por otro lado, y teniendo en cuenta que no presentaron diferencias entre el valor calculado por el FSSRI y lo reportado por la empresa, **este Ministerio deja en firme un superávit para el Segundo Trimestre de 2004 de \$ 1.725.797.102.00**" (Subrayas y resaltado de la Sala).

En tal contexto, resulta necesario precisar qué se entiende por la expresión "validar". Pues bien, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el siguiente es el significado:

“validar

Del lat. tardío validāre 'fortificar'.

1. tr. Dar fuerza o firmeza a algo, hacerlo válido.”¹⁹

Siendo ello así, es evidente que cuando el Ministerio de Minas y Energía validó la información presentada por COMERCIALIZAR, tuvo por presentado en debida forma dicho reporte y que le otorgó firmeza a tal decisión.

También consta que producto de una auditoría realizada sobre los giros que debía realizar COMERCIALIZAR al FSSRI por concepto de ingresos por superávit generados desde el año 2004 al 2006, el Ministerio declaró a la actora deudora de la suma de ciento cincuenta y nueve millones seiscientos sesenta y cuatro mil doscientos treinta y cuatro pesos (\$

¹⁹ Página web de la Real Academia de la Lengua Española consultada el 3 de febrero de 2016 a las 4:36 p.m. <http://dle.rae.es/?id=bls5UuD>.



159.664.234.00) correspondiente a capital, rendimientos e intereses de mora calculados a 14 de diciembre de 2007.

9.5.2.- Como quedó visto, los actos administrativos de validación proferidos por el demandado son de carácter particular y concreto, pues crean una situación jurídica para COMERCIALIZAR representada en la verificación del cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 2º del Decreto 201 de 2004.

En tal orden, si la Administración pretendía la revocatoria de sus decisiones, producto de la auditoría que sobre las respectivas liquidaciones realizó, debió adelantar el trámite previsto en el artículo 74 del C.C.A. y obtener el consentimiento expreso de la actora, lo cual no aconteció en el caso concreto.

Tal actuación se traduce en una clara violación del régimen de revocatoria directa a que se ha aludido, y que en consecuencia, impone revocar la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, y en su lugar, declarar la nulidad de las Resoluciones números 180310 del 6 de marzo de 2008 por la cual se declara a la actora deudora del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, y la número 180778 del 27 de mayo de ese mismo año que resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar la primera decisión.



Resulta pertinente manifestar que la naturaleza jurídica de los recursos que administra el FSSRI y la destinación social que los caracteriza²⁰ merece un tratamiento especial, no obstante, ello no implica que so pretexto de proteger ese Fondo, se desconozcan de manera arbitraria las situaciones jurídicas que la misma Administración validó en su oportunidad.

La consideración acerca del manejo de los dineros del FSSRI debe tenerse en cuenta por parte del Ministerio al momento de validar la información y los giros que las empresas prestadoras de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible realizan con destino a dicho Fondo, pues se exige de la Cartera Ministerial encargada de su administración una carga de suma diligencia dadas las características que se han anotado y la finalidad perseguida.

Ahora bien, todo lo dicho no puede entenderse tampoco como la venia judicial al incumplimiento del deber que le asistía a COMERCIALIZAR en

²⁰ Artículo 89 numeral 3 de la Ley 142 de 1994: 89.3. “Los recaudos que se obtengan al distinguir, en las facturas de energía eléctrica y gas combustible, el factor o factores arriba dichos, y que den origen a superávits, después de aplicar el factor para subsidios y sólo por este concepto, en empresas oficiales o mixtas de orden nacional y privadas se incorporarán al presupuesto de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en un “fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos”, donde se separen claramente los recursos y asignaciones de estos dos servicios y que el congreso destinará, como inversión social, a dar subsidios que permitan generar, distribuir y transportar energía eléctrica y gas combustible a usuarios de estratos bajos, y expandir la cobertura en las zonas rurales preferencialmente para incentivar la producción de alimentos y sustituir combustibles derivados del petróleo.”



cuanto a la debida presentación de las cuentas ante el FSSRI, pues es claro que tal empresa no atendió el citado deber. Lo que se observa, se reitera, es que el Ministerio no acogió la vía administrativa correcta para reclamarle la prestación que se impugna.

9.6.- Consideración respecto a las sentencias que se traen a colación en las dos instancias

El apoderado del Ministerio de Minas y Energía trajo a colación la sentencia del 22 de marzo de 2007 proferida en el expediente número 25000-23-24-000-2000-00240-01 (8681), el cual no resulta aplicable al caso que nos ocupa pues en aquélla oportunidad ésta Sección deliberó acerca de la obligación que tenía el FSSRI de pagar a las empresas los déficit producto del proceso de conciliación de contribuciones y subsidios en este sector²¹, en tanto que el proceso de la referencia busca

²¹ *“En el caso concreto, esta normativa fue aplicada por las partes así: GAS NATURAL concilió las cuentas de subsidios y contribuciones por el tercer trimestre de 1998 (1 de julio a 30 de septiembre) y presentó al Ministerio su resultado deficitario el 30 de noviembre de 1998 (dentro de los 2 meses siguientes). El Ministerio (FSSRI) aceptó o validó el déficit mediante Oficio de 22 de diciembre de 1998, en que ordenó un primer pago parcial, y el saldo lo pagó el 15 de enero de 1999.*

La Sala considera que sí existen sendos plazos legales para que el FSSRI primero resuelva la petición de reconocimiento, y después pague el déficit validado.

En cuanto al primero, a falta de disposición en la normativa especial examinada, el Ministerio debía resolver la petición de reconocimiento del déficit en el término de 15 días fijado en el artículo 6° CCA. Así lo hizo, el 22 de diciembre de 1998. Incluso habría podido postergar su decisión respetando lo dispuesto en este artículo.

determinar si el Ministerio tiene la atribución de reabrir conciliaciones de

Y respecto del plazo para pagar, a falta de norma especial debía aplicarse el artículo 99.8 de la Ley 142, que establece el de 30 días para transferir a las empresas los recursos destinados a pagar subsidios, contado desde la expedición de la factura a cargo del municipio. No obstante la referencia a esta entidad territorial, la norma es aplicable a la Nación, pues el primer inciso del artículo 99 ídem determina que sus reglas son aplicables a las entidades relacionadas en el artículo 368 de la Constitución. Validado el déficit, el FSSRI contaba con un plazo de 30 días para pagar, computado desde el 22 de diciembre de 1998 y que aún no había expirado a 15 de enero de 1999, cuando completó el pago.

El Tribunal erró por considerar que la Nación incurrió en mora y por computarla desde el 1 de octubre de 1998, cuando GAS NATURAL ni siquiera había presentado solicitud de reconocimiento del déficit, y menos aun habrían comenzado a correr los plazos con que contaba el Ministerio para validarlo y pagarlo.

No existió mora de la Nación y, por tanto, se revocará la sentencia apelada.

En ocasión anterior la Sala, interpretando esta normativa y en especial el artículo 7° de la Resolución 8-1960 de 1998 del Ministerio de Minas, juzgó que las empresas debían girar los superávit junto con los rendimientos financieros devengados; pero que en parte alguna se dispuso que los déficit darían lugar al pago de rendimientos.²¹ La norma decía así:

*«Artículo 7°. Consignación de los recursos del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos. Los recursos que por mandato de la ley y los reglamentos son propiedad del Fondo de solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, **deberán ser consignados en los plazos establecidos**, en las cuentas que para tal efecto establezca el Ministerio de Minas y Energía, o quien este designe como administrador del fondo.*

***De igual forma**, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 179 de 1994, **se deberá girar la totalidad de los rendimientos financieros generados por esos recursos**, calculados según la tasa promedio de captación de los últimos doce (12) meses certificada por la Superintendencia Bancaria».*

La Sala precisa ahora su criterio a este respecto. Ha de distinguirse entre los «rendimientos financieros» (devengados por los superávit durante el plazo de que disponen las empresas para girar estos últimos al Fondo) y los «intereses moratorios» que se causan a partir del vencimiento de dicho plazo. Los rendimientos financieros devengados por los superávit mientras estos permanecen en manos de las empresas no son más que los frutos o accesorios de tales dineros públicos, que igualmente pertenecen a su propietario. En cambio, los intereses moratorios son la indemnización de perjuicios ocasionados al acreedor por la mora. El Estado deudor no está dispensado de este deber: por el contrario, el artículo 90 de la Constitución le impone responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que le sean imputables.

Sin embargo, en el caso presente no existió mora de la Nación.”.



superávit no cancelados por las empresas en periodos vencidos y respecto de los cuales ya hubo validación.

En relación con la sentencia T-470 de 2001 de la Corte Constitucional, la Sala advierte que aun cuando el Tribunal de Primera Instancia la invocó como fundamento de su decisión por considerar que se trataba de un caso semejante, no se halló ninguna providencia identificada con esa referencia en la página de la Corte Constitucional.

9.7.- Restablecimiento del derecho

Para determinar si hay lugar a acceder a la pretensión de restablecimiento del derecho es necesario recordar el alcance de tal petición en el libelo de la demanda:

“Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos anteriormente individualizados, se restablezca en su derecho a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., declarando lo siguiente:

- a) *Abstenerse de cobrar y ejecutar la suma de dinero por la cual se declaró deudora a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos – Ministerio de Minas y Energía, a través de la Resolución No. 180310 del 06 de Marzo de 2008, equivalente a CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS M/C (159.664.234.00), correspondientes a capital, rendimiento e intereses de mora, calculados al 14 de diciembre de 2007, por concepto de superávit, generado desde el año 2004 al año 2006,*

expedida por el señor Viceministro de Minas y Energía doctor MANUEL FERNANDO MAIGUASHCA OLANO.

- b) Ordenar la terminación del proceso de jurisdicción coactiva iniciado en contra de COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. por la referida presunta obligación, la cual a la fecha se encuentra suspendida por el acuerdo de pago con fecha 13 de agosto de 2008.*
- c) Dejar sin efecto el acuerdo de pago suscrito entre el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. con fecha 13 de agosto de 2008 y que en consecuencia se reintegren en su totalidad las sumas de dinero que COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. haya alcanzado a pagar a dicho Ministerio en cumplimiento de dicho acuerdo, así como los valores que mi representada llegare a pagar al Ministerio como financiación dentro de dicho acuerdo.*
- d) Que el reintegro de las sumas de dinero a que haya lugar a favor de mi representada sean debidamente indexadas al momento de la sentencia que ponga fin al proceso.*
- e) Que se ordene dejar sin efecto la imputación de pagos hecha por el Ministerio sobre los periodos en controversia y sobre los cuales se pretende cobrar los rendimientos a mi representada, sobre el capital del superávit de las conciliaciones de las cuentas entre subsidios y contribuciones en cuestión y en consecuencia se cancelen los registros contables que tienen a COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. como deudora de la entidad accionada.*
- f) Que se cancele la radicación y se archive el expediente abierto por la entidad accionada, con ocasión de las presuntas obligaciones objeto de este proceso.²²*

En relación con las solicitudes vistas en los literales a), b) y c) se advierte que no es procedente hacer pronunciamiento alguno, pues no es competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo emitir juicios

²² Folios 11 y 20 de este Cuaderno.



sobre la legalidad los Acuerdos de Pago en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino que su actividad se circunscribe al control de validez de actos administrativos, concepto éste en el que evidentemente no se hallan los citados acuerdos, por la sencilla razón de que aquéllos son producto de la manifestación unilateral de la Administración, en tanto que éstos, son el resultado de un proceso de concertación de dos partes, que para el caso son COMERCIALIZAR y el Ministerio de Minas y Energía.

Ahora bien, en lo que hace a los literales d), e) y f) debe la Sala declarar su prosperidad, como quiera que constituyen la consecuencia directa de la declaración de nulidad, razón por la cual se ordenará el pago de la suma que resulte del incidente de liquidación de perjuicios que instaure la demandante, en atención a lo dispuesto el artículo 172 del C.C.A.²³, habida cuenta de que si bien existe un Acuerdo de Pago²⁴, no hay certeza del momento en el cual COMERCIALIZAR terminó de cancelar

²³ **Artículo 172. Condenas en abstracto.** *Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.*

Quando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación."

²⁴ Folios 69 y 70 del Cuaderno número 4.



las cuotas correspondientes, así como tampoco se tiene claridad acerca del valor total que pagó por la suscripción de dicho acuerdo.

La liquidación entonces comprenderá la actualización de cada cuota teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumidor fijados por el DANE, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

De donde:

-Rh: es el valor histórico a actualizar

-Índice Final: es el índice de precios al consumidor de la fecha del auto que resuelve el incidente.

-Índice Inicial es el de la fecha de pago de cada cuota por parte de COMERCIALIZAR al Ministerio de Minas y Energía.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, y en su lugar, **DECLARAR** la nulidad de las Resoluciones números 180310 del 6 de marzo de 2008 por la cual se declara a la actora deudora del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, y la número 180778 del 27 de mayo de ese mismo año que resolvió el recurso de reposición en el sentido de confirmar la primera decisión, proferidas por el Ministerio de Minas y Energía.

SEGUNDO: CONDENAR EN ABSTRACTO a la Nación - Ministerio de Minas y Energía a pagar a la sociedad COMERCIALIZAR S.A. ESP., por concepto de restablecimiento del derecho la suma que resulte del incidente de liquidación que se adelante en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 172 del C.C.A., con base en las pautas que para tal efecto se establecieron en la parte motiva de la presente providencia. El incidente deberá proponerlo el interesado, dentro de los sesenta días siguientes a la notificación del auto de obediencia de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.



La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 5 de mayo de 2016.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA