

**SUBSIDIOS EN LA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Definición / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION – Aplicación en la prestación de servicios públicos domiciliarios / CONTRIBUCION DE SOLIDARIDAD – Se recauda y aplica al pago de subsidios / SUPERAVIT – Se aplica al presupuesto de la Nación. Procedimiento para transferir al Fondo el superávit**

La Ley 142 (art. 14.29) definió el subsidio como la diferencia entre lo que se paga por un servicio y el costo de éste, cuando el costo es mayor al pago que se recibe. El subsidio se reparte como un descuento en la factura del servicio (art. 99.3). Según el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, los principios de solidaridad y redistribución de ingresos se traducen en el cobro de una contribución a los usuarios de los estratos altos (5 y 6) y a los usuarios comerciales e industriales, denominada contribución de solidaridad, que será recaudada y aplicada por las empresas al pago de subsidios y, si quedare un superávit, será entregado a fondos de solidaridad y redistribución de ingresos de las entidades territoriales. Tratándose de empresas de gas combustible, el superávit será entregado al presupuesto de la Nación, en un Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos (FSSRI) administrado por el Ministerio de Minas y Energía. En la misma resolución, el Ministerio contempló la posibilidad de que el Fondo dé instrucciones a empresas con superávit para que hagan giros a las empresas deficitarias. El procedimiento es el siguiente: Al finalizar cada trimestre del año calendario, las empresas cortarán y conciliarán las cuentas de subsidios y contribuciones recaudadas en el mismo período, y deberán presentar al FSSRI el resultado de esta conciliación dentro de los 2 meses siguientes (art. 2º). Las empresas que presenten excedentes los girarán a las empresas que el FSSRI determine y que «presenten faltantes en subsidios», y el giro se hará a más tardar el día hábil siguiente (art. 3º). Si el déficit presentado por la empresa fuere mayor que el estimado por el Ministerio, se girará a la empresa el importe de éste último, sin perjuicio de posteriores justificaciones

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994

**CONCILIACIONES – El Ministerio no es el que otorga la firmeza es la ley y el reglamento / ORDENES DE GIRO DEL SUPERAVIT – No son actos administrativos / DERECHO DE DEFENSA – No se vulnera porque las ordenes de giro no son actos administrativos dado que las empresas pueden justificar ante el fondo las diferencias**

Hasta aquí se puede ver que no es el Ministerio demandado el que le otorga “firmeza” o certeza a las conciliaciones efectuadas por la empresa o por el Ministerio de Minas. Es la ley y el reglamento los que le otorgan validez y certeza a las conciliaciones reportadas por las empresas prestadoras de servicios públicos y a las realizadas por el Ministerio de Minas en aquellos casos en que existen inconsistencias en la información. Así mismo, es la ley la que, a partir de las conciliaciones realizadas, crea la obligación de transferir los excedentes o el superávit generado trimestralmente a las empresas que determine el Ministerio dentro de la respectiva zona territorial o al Fondo de Solidaridad. Ahora bien, con respecto a la inquietud de la recurrente sobre si las diferentes comunicaciones que le remitió el Ministerio de Minas y Energía a las Empresas Públicas de Yarumal, en las que se liquidó el superávit por los períodos discutidos y se dio orden de giro, son actos administrativos que debieron ser notificados, la Sala reitera que no es así, toda vez que las órdenes de giro son instrucciones que da el Ministerio a las empresas prestadoras de servicios públicos para transferir los excedentes o superávit generados en el recaudo de las contribuciones de solidaridad, con

destino al Fondo de Solidaridad, conforme con las conciliaciones que previamente han presentado las empresas de servicios públicos. No debe olvidarse que lo que determina la existencia de un acto administrativo es la decisión que toma la Administración de crear, modificar o extinguir una situación jurídica concreta. No se vulneró el derecho de defensa de la recurrente con la expedición de las instrucciones de giro, toda vez que, para ello, tanto en la Resolución 8-1960/98 como en el Decreto 847/01 se estableció la posibilidad de que las empresas prestadoras de servicios públicos puedan justificar ante el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos aquellas diferencias que existan en la conciliación de las cuentas de subsidios y contribuciones, de las que se pueda originar un superávit por contribuciones, explicando las razones del porqué de tales diferencias y aportando los documentos que las soporten. Existe entonces la posibilidad de que la demandante pueda oponerse y, a la vez, justificar aquellas diferencias, sin necesidad de que para poder ejercer tal derecho, las instrucciones u órdenes de giro deban cumplir las formalidades que todo acto administrativo exige para su formación, como acertadamente lo entendió el Tribunal.

**ACTO ADMINISTRATIVO – Irregularidades en su expedición. Presupuestos / FALTA DE MOTIVACION – Improcedencia**

La doctrina judicial de esta Corporación ha sostenido que la expedición irregular del acto administrativo se presenta cuando la Administración no se ajusta a los procedimientos establecidos para manifestar su voluntad, los cuales pretenden otorgar garantías a los administrados. Cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, la expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma. Se advierte, no obstante, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, al tratar el tema de la formalidad del acto administrativo y la nulidad proveniente de su desconocimiento, han sido del criterio de que no cualquier defecto, puede tener la virtualidad de invalidar una decisión de la Administración, puesto que "...no todas las formas tienen un mismo alcance o valor...", y ellas van desde las sustanciales hasta las meramente accesorias, siendo únicamente las primeras las que realmente inciden en la existencia del acto y su surgimiento a la vida jurídica y, por lo tanto, la omisión de las mismas sí afecta su validez.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION CUARTA**

**Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS**

Bogotá, D.C. primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012).

**Radicación número: 25000-23-27-000-2005-01097-01(17472)**

**Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE YARUMAL ESP**

**Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA**

## **FALLO**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las Empresas Públicas de Yarumal E.S.P. contra la sentencia del 27 de agosto de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

### **1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS**

1. El Ministerio de Minas y Energía, mediante la Resolución número 180205 del 25 de febrero de 2005, declaró que las Empresas Públicas de Yarumal E.S.P. adeudaban a esa entidad la suma de \$4.123.332.843, por concepto de capital, rendimientos e intereses causados al 15 de febrero de 2005 del superávit generado de los años 1998 a 2004.

2. En virtud del recurso de reposición interpuesto por la parte demandante, la anterior resolución fue confirmada por la Resolución número 180673 del 3 de junio de 2005.

### **2. ANTECEDENTES PROCESALES**

#### **A) LA DEMANDA<sup>1</sup>**

Las EMPRESAS PÚBLICAS DE YARUMAL E.S.P., a través de apoderado judicial, formuló las siguientes pretensiones:

*“Que se declare la nulidad de la resolución No 180205 de febrero 25 de 2005, “Por la cual se declara a una entidad prestadora de servicios públicos deudora del fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos” y de la Resolución No. 180673, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la primera resolución.”*

*<sup>2</sup>“(...) el restablecimiento del derecho de las Empresas publicas (sic) de Yarumal en el sentido de que estas (sic) no tienen ninguna deuda con el Ministerio de Minas y Energía por concepto de superávit e intereses por las conciliaciones realizadas por la accionante durante el periodo comprendido del 01-01-98 al 31-12-01.*

---

<sup>1</sup> La demanda fue adicionada mediante escrito del 31 de enero de 2007, cuyo objeto fue solicitar la práctica de un dictamen pericial con el fin de establecer si se presentó déficit o superávit en las conciliaciones que trimestralmente se hicieron durante los períodos objeto de discusión. Así mismo, solicitó oficiar al Ministerio de Minas y Energía para que remitiera la copia de los procesos ejecutivos que venía adelantando el Ministerio de Minas en relación con las conciliaciones de subsidios que realizó la demandante.

<sup>2</sup> Folio 107 del cuaderno principal.

*En el presente caso, el restablecimiento del derecho se traduce en la supresión de la obligación de consignar a favor del ministerio los dineros generados por concepto de superávit e intereses a cargo de las empresas públicas de Yarumal. Art. 267 del C.C.A.”*

La parte demandante invocó como violadas las siguientes disposiciones:

- Artículos 4º, 29 y 123 de la Constitución Política;
- Leyes 142 y 143 de 1994;
- Artículo 3º del Decreto 3087 de 1997;
- Artículo 50, parágrafo 2º, del Decreto 847 de 2001.

El concepto de violación de las anteriores disposiciones legales y constitucionales se sintetiza así:

**- Primer cargo. Infracción de las normas en que debe fundarse el acto:**

Después de transcribir parcialmente el texto de los artículos 123 y 29 de la Constitución Política, y 44, 46 y 66 del C.C.A., indicó que al proferirse la Resolución 180205 del 25 de febrero de 2005 no existía ley que le permitiera al Ministerio de Minas y Energía dejar conciliaciones en firme y, con fundamento en ello, realizar el cobro del superávit por el procedimiento de la jurisdicción coactiva.

Que el Ministerio de Minas no debió fundamentar los actos acusados en el Decreto 847 de 2001, pues para el momento en que se **causó** el superávit por conciliaciones estaba vigente el Decreto 3087 de 1997, norma aplicable al caso.

Sostuvo que los oficios que el Ministerio de Minas le envió en reiteradas oportunidades, en los que requería el pago de los superávit y que determinaban su acumulación, son actos administrativos que no le fueron notificados en la forma como lo ordenan los artículos 44 y 46 del C.C.A.

Estimó violado el numeral 6º del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, porque el Ministerio, en los oficios citados, manifestó que *“Las anteriores cifras están dadas sin perjuicio de la labor de fiscalización que le compete a la Superintendencia de servicios (sic) Públicos Domiciliarios, de conformidad con lo establecido en el numeral 79.6 del artículo 79 de la Ley 142/94”*, lo que da a entender que las conciliaciones no adquirieron firmeza y que, por tanto, de esas conciliaciones no se derivó una obligación clara, expresa y exigible.

**- Segundo cargo. Expedición irregular del acto administrativo:** Reiteró que los oficios a que aludió en el cargo anterior, que dieron origen a los actos acusados, fueron tomados por el Ministerio como definitivos, inoponibles a la Empresa, en tanto no le fueron notificados como lo ordena la ley.

Dijo que los actos administrativos previos a los actos acusados le impusieron una sanción a la empresa, sin el cumplimiento de las formalidades que prevé el artículo 303 del C. de P.C.

Indicó que la parte considerativa de la Resolución número 180205 omitió aludir al Decreto 387 de 1997, norma que estuvo vigente para el momento en que se realizaron las conciliaciones y se determinó el superávit por parte del Ministerio. También, agregó que la resolución no enunció las razones de hecho y de derecho en que se originó dicho superávit.

Precisó que de los cuadros sinópticos contenidos en la parte considerativa de la Resolución 180205 se desprende que el Ministerio tomó como actos de trámite los requerimientos efectuados a la empresa mediante oficios, los que, como dijo atrás, no se encuentran en firme.

Reiteró que al haberse causado la conciliación y el superávit en vigencia del Decreto 3087/97, la Resolución 180205 debió ser expedida con fundamento en este decreto y no en el Decreto 847/01.

Aseveró que los créditos que fueron cedidos a las Electrificadoras del Chocó, Empresa Antioqueña de Energía y E.P.M., fueron cobrados a las Empresas Públicas de Yarumal por el Ministerio de Minas y por las Cesionarias, sin que se pueda determinar hasta la fecha cuál es el verdadero acreedor, de llegar a existir el supuesto superávit.

- **Tercer cargo. Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa:** Afirmó que dentro del procedimiento que culminó con los actos acusados, no se le garantizó el derecho al debido proceso de las Empresas.

Para soportar la violación del artículo 29 de la Constitución Política, se remitió a los argumentos esgrimidos en los cargos de violación anteriores.

### ***B) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA***

El apoderado del Ministerio de Minas y Energía contestó la demanda en los siguientes términos:

Frente al **primer cargo** de violación afirmó que en la parte considerativa de la Resolución número 180205 del 25 de febrero de 2005 se hizo una relación detallada de las instrucciones de giro que fueron enviadas a la demandante, correspondientes a los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. Que en todas las instrucciones de giro se le informó y advirtió a la demandante que tenía un superávit acumulado hasta el 30 de marzo de 2000, que debía ser girado al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos o a las empresas de su misma zona. Que, a la fecha, la demandante no había efectuado el pago de dicha deuda.

Manifestó que la demandante ha mantenido en el tiempo una conducta omisiva de tracto sucesivo al no realizar el correspondiente giro del superávit acumulado. Que, por ello, el pago de esta obligación se hace exigible por virtud del Decreto 847 de 2001, a pesar de que el superávit se haya causado bajo la vigencia del Decreto 3087 de 1997. Agregó que la Resolución 18025 de 2005 se fundamentó en el Decreto 847 de 2001, por ser ésta la norma vigente.

Dijo que al no permitirse la predistribución de los recursos superavitarios al Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos, la demandante violó o puso en peligro los derechos colectivos consagrados en los artículos 1º, 2º, 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política, así como los de moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, seguridad y salubridad públicas, acceso a la infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; así como los derechos de los consumidores y usuarios.

Dijo que los "oficios" que le envió el Ministerio a la demandante, con anterioridad a la expedición de la resolución acusada, no son actos administrativos, en tanto que

no deciden una situación particular y concreta. Que el Decreto 3087/97, la Resolución número 81960/98<sup>3</sup> y el Decreto 847/2001, los define como “instrucciones de giro” de los recursos superavitarios estimados por el Ministerio, que no tienen la connotación de actos administrativos y, por ende, no son susceptibles de notificación personal y de pérdida de fuerza ejecutoria.

Aclaró que la finalidad de las comunicaciones a que alude la demandante (instrucciones de giro), no era otra que la de informar e instruir a las Empresas Públicas de Yarumal sobre el valor del superávit que debían consignar al Fondo de Solidaridad o a las empresas de su misma zona, de acuerdo con la estimación de la empresa y la del Ministerio de Minas.

Sostuvo que conforme con el artículo 84 del C.C.A., son actos administrativos las circulares de servicio y los actos de certificación y registro, más no las comunicaciones y oficios que expide la administración en ejercicio de su actividad.

Sobre el **segundo cargo** de violación, reiteró que las comunicaciones a que aludió la demandante no son actos administrativos, sino que son instrucciones de giro de ciertos recursos que le correspondía llevar a cabo, y en las que se le informó el estado de cuenta, sin que se haya dicho, en cada instrucción de giro, que existía la obligación y que prestaba mérito ejecutivo para su cobro.

Agregó que como las pretensiones de la demanda recaen sobre las Resoluciones números 180205 y 180673 de 2005, y no de los comunicados a que aludió la demandante, no puede en esta oportunidad alegar que existieron irregularidades en la expedición de los comunicados, por carecer de las formalidades que establece la ley para los actos administrativos.

Aclaró que las instrucciones de giro no se expidieron en virtud de un procedimiento administrativo sancionatorio, toda vez que, de acuerdo con su contenido, no imponen una sanción a la demandante por infracción de una norma jurídica o la incursión en una falta o contravención. Dijo que las instrucciones de giro no crearon, modificaron o extinguieron relaciones jurídicas; por lo tanto, no se puede exigir que cumplan las ritualidades y solemnidades de formación de un acto administrativo.

Manifestó que no se presentó la figura de cesión de créditos, como erradamente lo afirmó la demandante, porque una de las funciones del Ministerio de Minas y Energía, con relación al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución, es que los excedentes de la contribución de solidaridad se distribuyan en las respectivas zonas territoriales. Sin embargo, añadió, esta función no se ha podido ejecutar con los recursos de superávit de las Empresas Públicas de Yarumal, ante la omisión de su consignación. Aclaró que es función del Ministerio determinar a qué empresas de la zona se distribuirán tales recursos por concepto de superávit, sin que se trate de un negocio jurídico de cesión de un crédito.

En relación con el **tercer cargo** de violación, dijo que existe prueba de que el Ministerio de Minas, a partir del año 1998 y hasta el 2004, requirió el pago de lo adeudado a la demandante. Por lo tanto, las Empresas Públicas de Yarumal tenían pleno conocimiento de la situación que se venía presentado frente al giro del superávit. Así mismo, afirmó que para la solicitud de giro de los recursos se agotó el procedimiento que se encontraba vigente.

---

<sup>3</sup> Resolución expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual se reglamentó el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos.

Indicó que de acuerdo con lo establecido en la Resolución número 180673/2005, la demandante nunca objetó en su oportunidad las “validaciones” emitidas por el Ministerio. Que, por lo tanto, al Ministerio no le correspondía asumir la carga de la omisión del ejercicio de los derechos de defensa y contradicción por parte de la demandante.

Por último, sostuvo que a la demandante se le garantizó el derecho de contradicción y defensa, en la medida en que se le permitió interponer el recurso de reposición contra la Resolución 180205 de 2005, resuelto mediante la Resolución 180673 de 2005.

### **C) LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

A partir de doctrina judicial de esta Corporación<sup>4</sup>, de lo dispuesto en el Decreto 3087 de 1997 y de las pruebas aportadas al expediente, afirmó que el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos por concepto de contribuciones de solidaridad es manejado por el Ministerio de Minas y Energía y se encuentra conformado por los recursos del presupuesto nacional y por los excedentes de la contribución de solidaridad. Así mismo, que el Ministerio tiene la función de determinar la destinación del superávit que arrojen las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Que estas últimas empresas están obligadas a presentar trimestralmente la consolidación de cuentas ante el Ministerio, y a consignar el correspondiente superávit al Fondo o a otras empresas del sector que el Ministerio determine, dentro de los 45 días siguientes.

Consideró que, en el caso en examen, la dificultad se presentó porque en criterio del actor no existía un procedimiento para controvertir las observaciones que hace el Ministerio de Minas al momento de validar las conciliaciones.

Dijo que conforme con el artículo 3º de la Resolución número 81960/98, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuentan con un término de 3 meses, contados desde la fecha en que reciben la instrucción de giro, para justificar las diferencias que surjan entre las estimaciones del Ministerio y las de las empresas. Que en caso de que no se justifiquen las diferencias encontradas, las empresas deben efectuar los giros. Que, de igual manera, las empresas disponen de un término de dos meses para remitir el soporte de los cálculos de superávit o déficit que realizaron.

Concluyó que no eran admisibles los argumentos de la demandante, en el sentido de que al no haberse notificado los oficios correspondientes, no se le respetó el derecho de defensa que le asiste. Advirtió que dentro del procedimiento establecido en la Resolución 81960 no se estableció que el Ministerio debía emitir actos administrativos susceptibles de ser notificados y recurridos, para obtener el pago de las órdenes de pago del superávit. Que, no obstante, la norma sí señaló un plazo en el que la empresa afectada podía plantear su desacuerdo con las instrucciones de giro dadas por el Ministerio.

Después de comparar algunos artículos del Decreto 3087 de 1997 con el artículo 2º del Decreto 847 de 2001, consideró que no existía diferencia sustancial alguna entre los procedimientos que consagran. En efecto, sostuvo que en ambas

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, sentencia del 22 de marzo de 2007, radicado interno número 8681, Consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade.

reglamentaciones se contempló la obligatoriedad de que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios presenten trimestralmente las conciliaciones al Ministerio de Minas y Energía. También, que las dos contemplan la obligación de estas empresas de pagar el superávit dentro de los 45 días siguientes a la liquidación trimestral, así como la posibilidad que tienen las empresas de objetar las observaciones que haga el Ministerio, dentro de un término de 3 meses.

El Tribunal encontró que la única diferencia entre las dos normas es que en el párrafo 2º del artículo 5º del Decreto 847 de 2001 se dispone la firmeza de la diferencia señalada por el Ministerio, cuando no estén justificadas las razones esgrimidas por la empresa. No obstante, agregó que esa firmeza ya estaba regulada en la Resolución número 81960 de 1998.

Estimó que como el contenido de los decretos era similar y que como los actos acusados se expidieron en vigencia del Decreto 847 de 2001, la circunstancia que alegó la parte actora no tenía la virtualidad de anular los actos.

Puso de presente que la demandante no aportó prueba alguna que acreditara que hubiera controvertido las observaciones del Ministerio de Minas, así como la inexistencia del superávit en su debida oportunidad, esto es, dentro de los 3 meses siguientes a la comunicación relativa al superávit.

El Tribunal indicó que los actos demandados no carecían de motivación, pues se basaron en la regulación legal sobre la materia y en las verificaciones que hizo el Ministerio de Minas respecto de la existencia del superávit, las que fueron a la vez comunicadas a la demandante para que hiciera los giros correspondientes.

Dijo que tampoco era cierto que no existiera claridad sobre quién era el acreedor de la obligación, toda vez que el superávit debe ser entregado al Fondo de Solidaridad, que a su vez está facultado para señalar la empresa de servicios destinataria final de los recursos que hubieran arrojado déficit, con el objeto de cubrirlo.

Sobre el dictamen pericial que fue practicado en el proceso, concluyó que no era claro y contundente acerca de los montos de superávit o déficit arrojados en los estados financieros de la demandante, durante los períodos objeto de discusión.

El Tribunal revisó los cuadros que fueron anexados con el informe pericial, que fueron entregados por la empresa demandante al perito, y encontró que durante los años anteriores a la expedición del Decreto 847 de 2001, la parte demandante registró superávit para los años 1998 a 2000 y déficit para el primer trimestre de 2001.

El Tribunal analizó las pruebas que reposan en el expediente (memorando suscrito por el Director de Energía del Ministerio de Minas y Energía; oficios relacionados en el numeral 10.1 literal e), f) y g) del capítulo de pruebas de la demanda y, oficios suscritos por el gerente de la sociedad actora en los que manifestó al Ministerio el reconocimiento de la deuda por los períodos objeto de discusión y en los que solicitó las instrucciones acerca de la forma de financiamiento y pago de la deuda), y concluyó que era incuestionable el hecho de que la demandante presentó superávit durante el período comprendido entre el primer trimestre de 1998 y el primero del 2001, conforme se enuncia en los actos acusados. También, que se acreditó el hecho de que el Ministerio de Minas adelantó los trámites para obtener el giro de los mismos, conforme con la reglamentación aplicable vigente. Y

que la demandante, dentro de la oportunidad legal, no allegó prueba alguna que contravirtiera o desvirtuara el monto que determinó el Ministerio en los citados oficios.

Advirtió que cuando las conciliaciones que realiza el Ministerio arrojan superávit y no son controvertidas en la oportunidad legal por la empresa afectada, tales conciliaciones constituyen por sí mismas título de recaudo de las sumas determinadas, conforme con el artículo 5º del Decreto 3087 de 1997, la Resolución 81960 de 1998 y el párrafo 2º del artículo 5º del Decreto 847 de 2001.

También indicó que la normativa especial que regula la materia no contempla la posibilidad de que se emitan, con posterioridad, actos administrativos motivados que determinen nuevamente el valor de la deuda, y menos en forma acumulada (1998 a 2004), como ocurrió en el presente caso, toda vez que la ley estableció que debía hacerse trimestralmente. No obstante, agregó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada, y que como en la demanda no se planteó este aspecto, no había lugar a pronunciarse al respecto.

El Tribunal consideró improcedente la alegada violación del derecho de audiencia y defensa, teniendo en cuenta que los argumentos en que se sustentó la violación fueron los mismos que se esgrimieron en los cargos anteriores, que, igualmente, no prosperaron.

Puso de presente que, en los alegatos de conclusión, la demandante aludió a que el Ministerio de Minas realizó a la sociedad actora unos giros sin que existiera sustento alguno para ello, y que *“tales giros originaron los supuestos superávit, por lo que estos no se derivan de las contribuciones de los estratos altos que subsidian a los estratos bajos.”*

Sin embargo, el Tribunal no se pronunció al respecto, pues consideró que en la etapa de alegatos no se podían incluir aspectos diferentes a los planteados en la demanda, ya que de admitirse tal posibilidad, se desconocería el derecho de defensa de la contraparte al impedírsele la oportunidad de controvertirlos.

#### **D) EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte actora recurrió la decisión del Tribunal a quo. En concreto, las razones de su inconformidad fueron las siguientes:

Sostuvo que a pesar de que demandó la nulidad simple de los actos acusados, el Tribunal a quo cambió la acción a la de nulidad y restablecimiento del derecho, y no se le permitió readecuarla. Para la demandante, el Tribunal tramitó una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y emitió el fallo sobre una demanda que contenía los presupuestos de una acción de nulidad.

Así mismo, dijo que la Magistrada Ponente decretó ciertas pruebas de oficio que no fueron tenidas en cuenta por la Sala de decisión al momento de proferir el fallo, con el argumento de que se violaría el derecho de defensa de la entidad demandada. Que, sin embargo, esta razón no era cierta, ya que la Sala, mediante providencia del 16 de abril de 2008, corrió traslado de las mismas al Ministerio de Minas para que se pronunciara al respecto.

También indicó que el Tribunal omitió pronunciarse sobre la pérdida de fuerza de ejecutoria de los actos administrativos. Dijo que las conciliaciones se realizaron desde el primer trimestre de 1998, momento en que se empezó a causar el

supuesto superávit, sin que el Ministerio, al día 25 de febrero de 2005, hubiera adelantado los actos para su ejecución.

Las anteriores omisiones por parte del Tribunal, sostuvo, violaron el derecho al debido proceso que le asiste.

Reiteró que el Ministerio de Minas y Energía no es competente para expedir los actos administrativos que avalan o dejan las conciliaciones en firme. Que la competencia la adquirió el Ministerio a partir del año 2001 con la expedición del Decreto 847 y no antes.

Sostuvo que el Tribunal no dijo nada sobre la forma y el procedimiento que se siguió para la formación de los actos demandados. No obstante, reconoció que la competencia sólo se adquirió a partir del año 2001, y que los actos de trámite mediante los que el Ministerio avaló las conciliaciones no son verdaderos actos administrativos.

Dijo que el Tribunal omitió valorar las pruebas que acreditaban que el Ministerio de Minas reconoció que los dineros que giró durante los años 1998 a 2001 eran para cubrir el déficit en los subsidios; pruebas que fueron decretadas de oficio por el mismo Tribunal. Así mismo, estimó que las pruebas que se relacionaron en el fallo no fueron estudiadas de manera individual y conjunta, como lo ordena el artículo 187 del C. de P.C.

Aseveró que la finalidad del Decreto 3087/97 es diferente a la del Decreto 847/01, ya que mientras que la del primero es la administración de los subsidios, la del segundo es la de llenar los vacíos existentes en el primero.

Resaltó que tanto el perito que rindió el informe pericial en el proceso, como el Director de Energía ( E ), reconocieron que durante el período comprendido entre los años 1998 a 2001, las Empresas Públicas de Yarumal no tuvieron superávit alguno, circunstancia que el Tribunal no tuvo en cuenta en su decisión.

Manifestó que “[D]e acuerdo con las pruebas que obran a folios 148 a 153 del c.p., certificado del Ministerio de Minas y Energía serie 181, el demandado gira a favor de la demandante todos los meses del año 1998, todos los meses del año 1999 y las (sic) meses de febrero, marzo y junio del año 2000, dineros para cubrir déficit en subsidios y la sala sin ninguna justificación convierte los sobrantes de estos dineros en superávit, al omitir valorar estas pruebas.” Así mismo, “que el Ministerio antes de que las EE-PP de Yarumal remitieran las actas de conciliación trimestralmente, empezó a consignar dineros en las cuentas de esta última, dineros de los cuales la accionante retiró (sic) lo causado por concepto de déficit en conciliaciones, quedando un sobrante de dinero, que debió ser devuelto al ministerio en su momento. A los dineros **sobrantes o remanentes** en forma equivocada les dio el Ministerio en sus escritos y la sala de decisión en el fallo la denominación de “Superávit”.

#### **E) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La **parte demandante** reconoció que los hechos del caso se basan en un proceso ordinario, donde se ventila una acción de nulidad y restablecimiento del derecho,

por la expedición irregular de los actos demandados. También, que en el caso se pretende la nulidad de la Resolución 180205/05 y su confirmatoria, así como el consecuente restablecimiento del derecho de las Empresas Públicas de Yarumal, en el sentido de que no tienen ninguna deuda con el Ministerio de Minas y Energía por concepto de superávit e intereses por las conciliaciones realizadas por la accionante durante los años 1998 a 2004.

Reiteró los argumentos del recurso de apelación y de la demanda.

El **Ministerio de Minas y Energía** reiteró los argumentos de defensa del escrito de contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** rindió concepto, en el que solicitó confirmar la sentencia apelada.

Además, dijo compartir la posición del Tribunal, en cuanto no otorgó valor probatorio a las pruebas que fueron allegadas en la etapa de alegaciones; toda vez que éstas no fueron pedidas en la demanda y porque el Ministerio de Minas no tuvo oportunidad de pronunciarse frente a ellas.

Consideró que la obligación de girar el superávit no depende de los oficios o instrucciones de giro que emite el Ministerio, sino que, por mandato legal, en caso de que exista superávit, la empresa prestadora de servicios debe girar su valor al Fondo o a las empresas que indique el Ministerio. Que, por esto, no se puede predicar la pérdida de fuerza de ejecutoria frente a dichos oficios o instrucciones, máxime cuando la fijación del superávit es el resultado de las conciliaciones trimestrales que efectúa la misma empresa.

Encontró que los actos acusados tuvieron como fundamento la Resolución número 81960 de 1998, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual se reguló la materia en similares términos a los del Decreto 847 de 2001.

En cuanto a la prueba pericial practicada, dijo que pese a que ésta haya sido decretada por el Tribunal, el Ministerio Público encontró que el Tribunal se apartó de dicha prueba por no encontrarla clara y contundente acerca de los montos de superávit o déficit que arrojaron los estados financieros de la demandante. Que ésta situación no fue desvirtuada por la recurrente.

Afirmó que en ningún momento la demandante expuso la inexistencia del superávit en la demanda. Que, por el contrario, sostuvo que el superávit se presentó en vigencia del Decreto 3087 de 1997.

Estimó que no era acertada la afirmación de que antes de la expedición del Decreto 847 de 2001 el Ministerio no tenía competencia para validar conciliaciones, toda vez que de acuerdo con el parágrafo 3º del artículo 3º de la citada Resolución 81960/98, el Ministerio tenía competencia para validar y para modificar las conciliaciones rendidas por las empresas prestadoras de servicios públicos.

### **3. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Conforme con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala debe establecer la legalidad de los actos administrativos por medio de los que el Ministerio de Minas y Energía declaró que las Empresas Públicas de Yarumal E.S.P. debían al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de

Ingresos – Ministerio de Minas y Energía la suma de \$4.123.332.843, por concepto del superávit generado por los años 1998 a 2004.

Para el efecto, conforme con las pretensiones de la demanda y el recurso de apelación, la Sala analizará los siguientes aspectos: i) Si existió violación del derecho al debido proceso de la demandante, por la adecuación de la acción de nulidad simple a acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por la falta de valoración de ciertas pruebas; ii) Si el Tribunal omitió pronunciarse sobre la pérdida de fuerza ejecutoria de las instrucciones de giro emitidas por el Ministerio de Minas; iii) Si la Resolución número 180205 del 25 de febrero de 2005 fue expedida de manera irregular y, iv) Si las instrucciones de giro del superávit que le remitió el Ministerio de Minas y Energía a la demandante son actos administrativos que debieron ser notificados

**i) De si existió violación del derecho al debido proceso, por la adecuación de la acción de nulidad simple a acción de nulidad y restablecimiento del derecho y por la falta de valoración de ciertas pruebas**

La demandante manifestó su inconformismo frente a la decisión del Tribunal de adecuar la demanda que presentó en acción de nulidad simple a una de nulidad y restablecimiento del derecho.

También alegó que el Tribunal debió valorar los documentos que aportó con posterioridad a la culminación del período probatorio, y que el mismo Tribunal había decretado de oficio en providencia del 16 de abril de 2008. Que de esos documentos se le corrió traslado al Ministerio de Minas y Energía.

Para la Sala, el cargo de apelación no prospera por las siguientes razones:

La parte actora, inicialmente, invocó el artículo 84 del C.C.A para demandar la nulidad de las Resoluciones números 180205 del 25 de febrero de 2005 y 180673 del 3 de junio del mismo año. Por eso, la pretensión propuesta en la demanda aludió a la nulidad de tales actos. No pidió ningún restablecimiento del derecho.

Ahora bien, la Resolución número 180205 del 25 de febrero de 2005 declaró que las Empresas Públicas de Yarumal debían al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos-Ministerio de Minas y Energía, la suma de \$4.123.332.843, correspondientes a capital, rendimientos e intereses de mora calculados a partir del 15 de febrero de 2005, por concepto de superávit generado desde el año 1998 al 2004. Este acto fue confirmado por la Resolución número 180673.

Mediante auto del 25 de noviembre de 2005, el Tribunal le concedió 5 días a la demandante, contados a partir de la notificación, para que precisara el tipo de acción interpuesta y la oportunidad procesal para informarla. Pidió también que informara la fecha de notificación de la Resolución número 180673 del 3 de junio de 2005.

Luego, mediante escrito del 5 de diciembre de 2005 (fl. 33 cp), en cumplimiento del requerimiento hecho por el Tribunal, reiteró que la acción que había propuesto en la demanda era la de nulidad simple, y que la Resolución 180673 se había notificado el día 20 de junio de 2005.

Mediante auto del 15 de marzo de 2006, el Tribunal remitió el expediente al Consejo de Estado por competencia.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante auto del 9 de junio de 2006, ordenó devolver el proceso al Tribunal por ser el competente. Estableció que los actos demandados eran de carácter particular y concreto, toda vez que *“declaran a la demandante deudora del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribuciones de Ingreso”*, y que, por lo tanto, *“su eventual declaratoria de nulidad conllevaría a un restablecimiento del derecho”*. Y, en consecuencia, (Fl. 46 cp)

En consecuencia, el Tribunal admitió la demanda; decisión que no fue recurrida por la parte actora. (Fls. 53 y 54 cp).

De acuerdo con lo anterior, se ratifica lo que en su momento concluyó la Sección en el auto del 9 de junio de 2006, en el sentido de que la acción incoada por la demandante no correspondía a una acción de simple nulidad, sino a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto por cuanto los actos demandados crearon una situación particular y concreta en cabeza de las Empresas Públicas de Yarumal, consistente en el pago de una obligación a favor del Ministerio de Minas-Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingreso. De manera que en caso de que sea declarada la nulidad de los actos demandados, en virtud del restablecimiento del derecho in natura, la obligación contenida en tales actos dejará de existir.

Como en reiteradas oportunidades lo ha dicho esta Corporación, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del C.C.A, tiene como finalidad no sólo el restablecimiento de la legalidad objetivamente considerada, sino además el restablecimiento del derecho subjetivo o particular violado o desconocido por el acto demandado.

Como en el presente caso la parte actora rindió el concepto de la violación de los actos demandados, no se aprecia que el Tribunal haya conculcado el derecho al debido proceso cuando admitió la demanda en atención a la orden impartida por esta Sección.

Adicionalmente, se pone de presente que la demandante no tuvo reparo alguno frente a la adecuación hecha por esta Corporación y por el Tribunal, ya que, además de no objetar el auto que admitió la demanda; en los alegatos que presentó en ambas instancias aceptó que *“[E]n el caso bajo análisis la demandante tramita una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo de carácter particular y concreto, donde se pretende el desaparecimiento de la resolución No. 18-205/05 de la vía jurídica, conllevando este automáticamente el restablecimiento del derecho de las Empresas públicas de Yarumal en el sentido de que estas no tienen ninguna deuda con el Ministerio de Minas y Energía por concepto de superávit e intereses por las conciliaciones realizadas por la accionante durante el periodo comprendido del 01-01-98 al 31-12-01”*.

En cuanto a la supuesta omisión en la valoración de las pruebas que aportó la demandante, la Sala hace las siguientes precisiones:

Mediante auto del 24 de agosto de 2007, el Tribunal abrió el período probatorio por el término señalado en el artículo 209 del C.C.A. En la providencia, el Tribunal ordenó la práctica de las pruebas pedidas por las partes y le otorgó valor probatorio a los documentos aportados por las mismas. Luego, cerró el período probatorio al correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión (Fl. 106 cp).

Posteriormente, en el curso del período probatorio, la demandante aportó una serie de documentos que no allegó en la oportunidad que le correspondía, porque *“no fue posible su obtención por estar en poder del demandado.”* (Fls. 144 a 153 cp)

Ante lo anterior, el Tribunal, teniendo en cuenta que *“los documentos citados no habían sido decretados como prueba y teniendo en cuenta la trascendencia de los mismos para efectos de esclarecer los hechos de la demanda”*, resolvió de oficio decretarlos como pruebas del proceso y ordenó su traslado al Ministerio de Minas y Energía. Dichas pruebas consistían en un memorando que contenía las fechas en que el Ministerio de Minas y Energía recibió las conciliaciones remitidas por la demandante durante los años 1998 a 2001 y, en un memorando expedido por la Tesorería del mismo ministerio, que relacionaba el giro de ciertos dineros a favor de las empresas demandantes durante los mismos años. (Fls. 155 y 156 cp).

Finalmente, en el fallo objeto de alzada, el Tribunal decidió no pronunciarse sobre el cuestionamiento que hizo la demandante en relación con la falta de sustento de los giros que hizo el Ministerio de Minas y Energía a las Empresas Públicas de Yarumal, por cuanto consideró que pronunciarse sobre un aspecto que no fue incluido en la demanda, implicaba desconocer el derecho de defensa del Ministerio e impedirle la oportunidad de controvertir tal asunto.

Hasta aquí la Sala no encuentra que el Tribunal no le haya otorgado valor probatorio a las pruebas cuestionadas, toda vez que, según se desprende del fallo apelado, el Tribunal, simplemente, consideró impertinente el cuestionamiento que hizo la parte actora de ciertos giros que hizo el Ministerio de Minas a las Empresas Públicas de Yarumal durante los años 1998 a 2001, por ser un aspecto que no fue cuestionado en la demanda.

No debe perderse de vista que, de acuerdo con la demanda, la inconformidad de la parte actora radicó en el hecho de que no estaba obligada a pagar al Fondo de Solidaridad suma de dinero alguna por concepto de superávit generado desde el año 1998 al 2004, y que alrededor de éste se encauzó el curso del proceso que culminó con el fallo que ahora se revisa.

Lo hasta aquí analizado permite concluir que en ningún momento se vulneró el derecho al debido proceso de la parte actora.

**ii) De si el Tribunal omitió pronunciarse sobre la pérdida de fuerza de ejecutoria de las órdenes de giro emitidas por el Ministerio de Minas y Energía**

La parte apelante sostuvo que el Tribunal no hizo observación alguna sobre la pérdida de fuerza de ejecutoria de las conciliaciones que se realizaron desde el primer trimestre de 1998, momento en que se empezó a causar el supuesto superávit.

Para la Sala, el cargo no prospera por las siguientes razones:

Inicialmente, la parte actora, al narrar los hechos de la demanda, sostuvo que los actos administrativos (oficios) en los que el Ministerio de Minas determinó el superávit, perdieron fuerza de ejecutoria por haber transcurrido más de cinco años, contados desde su expedición y notificación, sin que el Ministerio haya realizado los actos correspondientes para su ejecución.

Luego, al desarrollar el primer cargo de violación y de manera poco clara, la demandante transcribió el numeral 3º del artículo 66 del C.C.A. y sostuvo que dicho precepto era el punto de partida *“para determinar la infracción de las normas superiores con la expedición de la resolución No. 180205 de fecha 25-02-05, al no existir ley preexistente con anterioridad al 11-05-01, que le permitiera al Ministerio de Minas y Energía dejar conciliaciones en firme, para con fundamento en ello poder hacer el cobre (sic) del superávit por el procedimiento de Jurisdicción coactiva.”*

Por su parte, el Tribunal, al resolver el cargo, analizó el procedimiento establecido en el Decreto 3087/97, relacionado con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y subsidios en materia de servicios públicos de energía y gas combustible, y concluyó que dentro del dicho procedimiento *“no se estableció la obligación del Ministerio de emitir actos administrativos susceptibles de notificación y recursos de vía gubernativa para efectos de las órdenes de pago del superávit, pero si se determinó un plazo dentro del cual la empresa afectada puede plantear su desacuerdo con las instrucciones de giro dadas por el Ministerio.”* Así mismo, que *“la obligación de consolidar las cuentas y remitirlas al Ministerio recae en las empresas de servicios, es así como a partir del cumplimiento de esta obligación las mismas deben estar pendientes de las observaciones que al respecto plantee el Ministerio, sin que para ello la norma hubiese contemplado el cumplimiento de los formalismos establecidos en el Código Contencioso Administrativo para los actos administrativos.”*

Para la Sala, contrario a lo que pensó la parte apelante, el Tribunal concluyó que los oficios que contenían las instrucciones de giro no eran actos administrativos susceptibles de ser notificados y recurridos en vía gubernativa; y que, por ende, tampoco tenían que cumplir las ritualidades que señala el Código Contencioso Administrativo para la formación de los actos administrativos. Esta conclusión descarta de plano el concepto *“pérdida de fuerza de ejecutoria”*, predicable únicamente de los actos administrativos.

Con todo, este cargo se alegó sobre actuaciones que no fueron objeto de la demanda, razón de más que hace improcedente pronunciamiento alguno al respecto.

**iii) De si las instrucciones de giro del superávit por contribuciones solidarias son actos administrativos y de si la Resolución número 180205 del 25 de febrero de 2005 fue expedida de manera irregular**

La recurrente sostuvo que los oficios o comunicaciones por medio de los cuales el Ministerio de Minas determinó los superávit, requirió el pago de los mismos y determinó su acumulación son actos administrativos que debieron ser notificados en la forma como lo ordena el C.C.A.

Así mismo, aseveró que con anterioridad a la expedición del Decreto 847 del 11 de mayo de 2001, no había norma alguna que le permitiera al Ministerio dejar en firme las conciliaciones de los subsidios y contribuciones de solidaridad en materia de servicios públicos. Que, por tanto, no era posible realizar el cobro del superávit en la forma como lo hizo el Ministerio de Minas y Energía en los actos acusados.

Afirmó que todas las conciliaciones y el superávit a que alude la Resolución 180205 de 2005 se causaron en vigencia del Decreto 3087 de 1997; es decir, con

anterioridad al Decreto 847/01, que es la norma en que se fundamentó la resolución acusada.

Para la Sala, el cargo no prospera por las siguientes razones:

Conforme con las consideraciones de la Resolución número 18 0205 del 25 de febrero de 2005, objeto de demanda, el Ministerio de Minas y Energía declaró la obligación a cargo de las Empresas Públicas de Yarumal, por el superávit acumulado por concepto de conciliaciones de subsidios y contribuciones desde el año 1998 al 2004.

Según el artículo 365 de la Constitución Política, es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional. Para hacer posible el acceso de las personas de menores ingresos a los servicios públicos domiciliarios, la Constitución ordena, de un lado, que el régimen de tarifas tenga en cuenta, además de los criterios de costos, los de *solidaridad y redistribución de ingresos* (art. 367); y, asimismo, que la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas puedan conceder *subsidios* en sus respectivos presupuestos para que dichos usuarios puedan pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

La Ley 142 (art. 14.29)<sup>5</sup> definió el subsidio como la diferencia entre lo que se paga por un servicio y el costo de éste, cuando el costo es mayor al pago que se recibe. El subsidio se reparte como un descuento en la factura del servicio (art. 99.3).<sup>6</sup> Según el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, los principios de solidaridad y redistribución de ingresos se traducen en el cobro de una contribución a los usuarios de los estratos altos (5 y 6) y a los usuarios comerciales e industriales, denominada contribución de solidaridad, que será recaudada y aplicada por las empresas al pago de subsidios y, si quedare un superávit, será entregado a fondos de solidaridad y redistribución de ingresos de las entidades territoriales. Tratándose de empresas de gas combustible, el superávit será entregado al presupuesto de la Nación, en un Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos (FSSRI) administrado por el Ministerio de Minas y Energía.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

**14.29. SUBSIDIO.** Diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe.

<sup>6</sup> ARTÍCULO 99. FORMA DE SUBSIDIAR. Las entidades señaladas en el artículo 368 de la Constitución Política podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos de acuerdo a las siguientes reglas:

99.1. Deben indicar específicamente el tipo de servicio subsidiado.

99.2. Se señalará la entidad prestadora que repartirá el subsidio.

99.3. El reparto debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar (*sic*), conforme a lo dispuesto en esta Ley y en las Ordenanzas y Acuerdos según el caso.

(...)

<sup>7</sup> **ARTÍCULO 89. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS.** Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

(...)

89.2. Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes,

Posteriormente, mediante la Ley 286 de 1996, que modificó parcialmente la Ley 142 de 1994, entre otras, reguló la obligación de transferir al Fondo los superávits de la contribución de solidaridad recaudada de los usuarios del servicio de energía eléctrica, y dispuso que la empresa distribuidora de energía eléctrica o de gas combustible distribuido por red física cubrirá *trimestralmente* los subsidios con la contribución recaudada, y entregará al Fondo el excedente o superávit —si lo hubiere— “*dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral*”.<sup>8</sup>

---

de todo lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávits por este concepto, en empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental se destinarán a "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávits, éstos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija, se destinarán a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo.

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.

<sup>8</sup> ARTÍCULO 5o. Las contribuciones que paguen los usuarios del servicio de energía eléctrica pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial e industrial regulados y no regulados, los usuarios del servicio de gas combustible distribuido por red física pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial, y al sector industrial incluyendo los grandes consumidores, y los usuarios de los servicios públicos de telefonía básica conmutada pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6 y a los sectores comercial e industrial, son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores serán facturados y recaudados por las empresas de energía eléctrica, de gas combustible distribuido por red física o de telefonía básica conmutada y serán utilizados por las empresas distribuidoras de energía, o de gas, o por las prestadoras del servicio público de telefonía básica conmutada, según sea el caso, que prestan su servicio en la misma zona territorial del usuario aportante, quienes los aplicarán para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residenciales de los estratos I, II y III áreas urbanas y rurales.

Quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

Si después de aplicar la contribución correspondiente a los sectores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial, hubiere excedentes, éstos serán transferidos por las empresas distribuidoras de energía eléctrica o de gas combustible distribuido por red física, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al "Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos" de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), y su destinación se hará de conformidad con lo establecido en el numeral 89.3 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

Si después de aplicar la contribución correspondiente al servicio de telefonía básica conmutada para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial hubiere excedentes, éstos serán transferidos por las empresas prestadoras del servicio de telefonía, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al "Fondo de Comunicaciones del Ministerio" de la Nación (Ministerio de Comunicaciones) el cual los destinará como inversión social al pago de los subsidios de los usuarios residenciales de estratos I, II y III, atendidos por empresas deficitarias prestadoras del servicio y para lo estatuido en el literal e del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994.

Luego, con la expedición del Decreto 3087 de 1997, mediante el cual se reglamentaron las Leyes 142 de 1994 y 286 de 1996 en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en el servicio público de energía eléctrica y gas combustible, se reglamentó el procedimiento interno para la conciliación y transferencia del superávit al Fondo, en cumplimiento del artículo 5º de la Ley 286 y, así mismo, estableció que en caso de que la empresa prestadora del servicio incurriera en mora al realizar los giros al fondo, se causaban intereses moratorios comerciales. Al efecto, dicho artículo estableció:

*Artículo 5º. Procedimiento interno. Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, efectuarán trimestralmente la conciliación de sus cuentas de subsidios y contribuciones de solidaridad. Si después de efectuada la conciliación referida existiera superávit, lo transferirá al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral.*

*Las personas que recauden contribución de solidaridad y no la apliquen al pago de subsidios, deberán girarlos al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos dentro de los treinta (30) días siguientes a su recaudo.*

*Parágrafo 1º. Si después de transcurridos los cuarenta y cinco (45) días desde la conciliación trimestral de las cuentas de subsidios y contribuciones de solidaridad, no han sido girados los superávit al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos; o después de los cinco (5) días siguientes al recaudo de las contribuciones por parte de las empresas generadoras y comercializadoras no se han girado a la empresa distribuidora que representa la misma Zona Territorial del usuario aportante; se causarán intereses moratorios de la legislación comercial.*

*Parágrafo 2º. Los recursos que se recauden por concepto de contribuciones de solidaridad, en los servicios públicos a que hace referencia el presente decreto, se destinarán de conformidad con lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 5º de la Ley 286 de 1996.*

El citado Decreto 3087/97 dispuso que las transferencias efectivas de dinero que debían hacer las entidades prestadoras de servicios públicos al Fondo por concepto de contribuciones de solidaridad, sólo ocurrirían cuando se presentara superávit, después de compensar internamente los recursos necesarios para otorgar subsidios.

Luego, el Ministerio de Minas y Energía, en el artículo 2º de la Resolución número 8 1006 del 8 de junio de 1998, estableció la obligación, a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, de entregar el resultado de la conciliación trimestral a que alude el artículo 5º de la Ley 286 al Ministerio de Minas y Energía -Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos-, dentro de los 20 días calendario siguientes a la fecha de corte de la conciliación. Y para el caso de las conciliaciones correspondientes a los dos primeros trimestres de 1998, debían remitirse a más tardar el día 30 de julio de 1998.

En la misma resolución, el Ministerio contempló la posibilidad de que el Fondo dé instrucciones a empresas con superávit para que hagan giros a las empresas

deficitarias. El procedimiento es el siguiente: Al finalizar cada trimestre del año calendario, las empresas cortarán y conciliarán las cuentas de subsidios y contribuciones recaudadas en el mismo período, y deberán presentar al FSSRI el resultado de esta conciliación dentro de los 2 meses siguientes (art. 2º).<sup>9</sup> Las empresas que presenten excedentes los girarán a las empresas que el FSSRI determine y que «*presenten faltantes en subsidios*», y el giro se hará a más tardar el día hábil siguiente (art. 3º). Si el déficit presentado por la empresa fuere mayor que el estimado por el Ministerio, se girará a la empresa el importe de éste último, sin perjuicio de posteriores justificaciones.<sup>10</sup>

No obstante lo anterior, lo dispuesto en la Resolución 81006 fue derogado por la Resolución número 8-1960 del 13 de octubre de 1998. En la nueva resolución, el Ministerio estableció que las conciliaciones debían hacerse de acuerdo con el Plan Único de Cuentas –PUC- y fijó un término de 2 meses calendario, siguientes a la fecha de corte de la conciliación, para que las empresas prestadoras de servicios públicos entregaran la conciliación al Ministerio. También estableció que la conciliación debía ser suscrita por las personas que autoriza el Estatuto Tributario o sus reglamentos para suscribir las declaraciones de retención en la fuente.

Igualmente, la Resolución 8-1960/98 reguló el giro de los excedentes generados. El artículo 3º señaló que las empresas que presentaran dentro del trimestre excedentes de contribuciones en la conciliación, debían girarlos a las empresas que determinara el Ministerio de Minas-Fondo de Solidaridad, siempre que reunieran determinados requisitos: 1) Que atiendan usuarios ubicados en los estratos 1, 2 o 3; ii) Que presenten faltantes en subsidios y; iii) Que presten su

---

<sup>9</sup> Artículo 2º. *Conciliación de cuentas.* Al finalizar un trimestre del año calendario, cada una de las personas a las que se refiere el artículo 7º del Decreto 3087 de 1997, deberá cortar y conciliar las cuentas correspondientes a los subsidios facturados y las contribuciones recaudadas dentro del respectivo trimestre, de acuerdo con el Plan Único de Cuentas –PUC-. Si la persona en cuestión no aplica subsidios, deberá reportar el total de las contribuciones recaudadas en el correspondiente trimestre.

El resultado de la conciliación trimestral deberá ser entregado al Ministerio de Minas y Energía o a quien este designe como administrador del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, dentro de los dos (2) meses calendario siguientes a la fecha de corte de la conciliación. La conciliación debe ser suscrita por las mismas personas autorizadas por las normas del estatuto tributario o sus reglamentos, para suscribir las declaraciones de retención en la fuente. [...]

<sup>10</sup> Artículo 3º. *Giro dentro de la zona territorial.* Las personas a las que se refiere el artículo 7º del Decreto 3087 de 1997, que presenten en un trimestre excedentes de contribuciones en la conciliación, los girará [n] a las empresas que determine el Ministerio de Minas y Energía – Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

1. Atiendan usuarios ubicados en estratos 1, 2 o 3;
2. Presenten faltantes en subsidios; y,
3. Presten su servicio en la misma zona territorial.

...

**Si el cálculo del déficit de una empresa es mayor al déficit estimado por el Ministerio de Minas y Energía, se girará a la empresa teniendo en cuenta el déficit estimado por el Ministerio de Minas y Energía.** [...] La información que soporte los cálculos de la empresa deberá remitirse al Ministerio de Minas y Energía a más tardar dentro de los dos (2) meses contados desde la fecha en que recibió la comunicación sobre el déficit estimado por parte del Ministerio de Minas y Energía.

De conformidad con el párrafo 1º del artículo 7 del Decreto 3087 de 1997, cada persona deberá hacer el giro correspondiente a las empresas deficitarias ubicadas dentro de la respectiva zona territorial a más tardar al día hábil siguiente a aquel en el cual el Ministerio de Minas y Energía le entregue la instrucción sobre giro de los excedentes del valor de la contribución.

No se podrán tramitar giros a empresas deficitarias si la información proporcionada no es suficiente para que el Ministerio de Minas y Energía pueda validar el déficit.

servicio en la misma zona territorial. Si después de efectuar estos giros, quedan excedentes en una empresa, o en el caso en que no se reciban instrucciones del Ministerio-Fondo para el giro de los excedentes dentro de la zona, la empresa recaudadora deberá girar los excedentes al Fondo a más tardar dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la conciliación trimestral de las cuentas (Art. 4º)

Asimismo, en los párrafos tercero y cuarto del artículo 3º ibídem, se aclaró la metodología para el giro de los recursos superavitarios. Al efecto, se dispuso:

**“PARAGRAFO 3.** Para determinar el monto de los recursos superavitarios que deberán ser girados a empresas deficitarias de la misma zona o los de los déficit que podrán ser cubiertos con excedentes de la misma zona se seguirá la siguiente metodología: Si el cálculo del excedente de una empresa es inferior al excedente estimado por el Ministerio de Minas y Energía, se girará a las empresas que presenten déficit en la misma zona territorial o al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, según el caso, el monto del excedente estimado por la empresa.

Si en el término de tres (3) meses, contados desde la fecha en que recibió la instrucción de giro por parte del Ministerio de Minas y Energía, la empresa no ha justificado la diferencia entre las estimaciones del Ministerio y las de la empresa, deberá girar a las empresas de la misma zona territorial o al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, el monto de la diferencia entre el primer giro realizado y el valor estimado por el Ministerio de Minas como excedente, con los intereses. Si los recursos deben ser girados al Fondo, el giro deberá realizarse al día siguiente, si debe realizarlo a otras empresas de la misma zona deberá girarlos en la oportunidad que el Ministerio de Minas y Energía le indique. La información que soporte los cálculos de la empresa deberá remitirse al Ministerio de Minas y Energía a más tardar dentro de los dos (2) meses contados desde la fecha en que recibió la comunicación de giro por de este.

Si el cálculo del déficit de una empresa es mayor al déficit estimado por el Ministerio de Minas y energía, se girará a la empresa teniendo en cuenta el déficit estimado por el Ministerio de Minas Energía. Si en el término de tres (3) meses, contados desde la fecha en que recibió la comunicación sobre el déficit estimado por parte del Ministerio de Minas y Energía, la empresa no ha justificado la diferencia entre las estimaciones del Ministerio y las propias, perderá el derecho a reclamar posteriormente transferencias de excedentes dentro de la misma zona o recursos del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, para financiar el monto de la diferencia. La información que soporte los cálculos de la empresa deberá remitirse al Ministerio de Minas y Energía a más tardar dentro de los dos (2) meses contados desde la fecha en que recibió la comunicación sobre el déficit estimado por parte del Ministerio de Minas y Energía.

No se podrán tramitar giros a empresas deficitarias si la información proporcionada no es suficiente para que el Ministerio de Minas y Energía pueda validar el déficit.

**PARAGRAFO 4.** El término establecido en el párrafo anterior, será de seis (6) meses para justificar las estimaciones de la empresa y de cuatro (4) meses para presentar la información que soporte los cálculos para los superávit o déficit causados en 1997 y/o el primer semestre de 1998.”

Posteriormente, el Gobierno Nacional derogó el Decreto 3087/97, mediante el Decreto 847 del 11 de mayo de 2001<sup>11</sup>. Entre las principales modificaciones que hizo el decreto, y que interesan al caso, se encuentran las siguientes:

- Estableció, a cargo de las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, la obligación de llevar contabilidad separada de las cuentas detalladas de los **subsidios** y las contribuciones de solidaridad facturadas y de las rentas recibidas por concepto de contribución o por transferencias de otras entidades para sufragar subsidios, así como de su aplicación. (Art. 4º)
- Reiteró el plazo de 2 meses siguientes a la culminación de cada trimestre, fijado en la Resolución 8 1960/98, para que las entidades remitieran las conciliaciones de las cuentas al Ministerio de Minas y Energía. (Art. 5º)
- Reiteró el plazo de 45 días, siguientes a la liquidación trimestral, para que las empresas transfieran al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos el superávit existente. (Art. 5º)
- Estableció la causación de intereses moratorios de la legislación tributaria para el caso de giros efectuados al Fondo y de intereses comerciales en el caso de los giros hechos entre empresas. Para el caso de los giros al Fondo, señaló la causación de los intereses, si después de transcurridos los 45 días calendario desde la liquidación de la conciliación trimestral de las cuentas de subsidios y contribuciones, no han sido girados los excedentes al Fondo. (Art. 5º)
- Se fijó el procedimiento ante las eventuales diferencias que se presenten entre las conciliaciones presentadas por la empresa prestadora de servicio público y las presentadas por el Ministerio de Minas y Energía. Para el efecto, dispuso que las empresas podrían justificar las diferencias encontradas, remitiendo al Ministerio los soportes del caso dentro de los 2 meses siguientes a la fecha en la que las empresas reciben la conciliación efectuada por el Ministerio. Si transcurridos 3 meses, contados a partir de la fecha en que reciben la conciliación hecha por el Ministerio, el Fondo de Solidaridad no encuentra justificada la diferencia encontrada, la conciliación efectuada por el Ministerio queda en firme. En este último caso, el monto de la diferencia entre el excedente de la empresa y el valor estimado por el Ministerio deberá ser girado junto con los intereses corrientes causados a la empresa de la misma Zona Territorial o al Fondo de Solidaridad, de acuerdo con las instrucciones dadas por el Ministerio. (Par. Art. 5º)

De acuerdo con el anterior recuento, las normas aplicables a la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones y subsidios en materia de servicio público de energía eléctrica, para cada uno de los períodos discutidos son las siguientes:

**Para los años 1998, 1999, 2000 y enero a abril de 2001:** Ley 142 de 1994, Ley 286 de 1996, Decreto 3087 del 23 de diciembre de 1997, la Resolución 8 1006 del 29 de mayo de 1998, la Resolución 8 1960 del 13 de octubre de 1998,

**Para los años 2001 (a partir del 11 de mayo), 2002, 2003 y 2004:** El Decreto 847 del 11 de mayo de 2001, el Decreto 201 de 2004 y el Decreto 4272 del 17 de diciembre de 2004.

---

<sup>11</sup> Este decreto fue posteriormente modificado por el Decreto 201 del 27 de enero de 2004, que, a su vez, fue modificado por el Decreto 4272 de 2004.

Para los años 1998, 1999 y 2000, las empresas prestadoras de servicios públicos estaban obligadas, al finalizar cada trimestre del año, a conciliar las cuentas correspondientes a los subsidios facturados y a las contribuciones de solidaridad que recaudó durante el respectivo trimestre. Esta conciliación debía ser entregada al Ministerio de Minas y Energía o a quien este designe como administrador del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos dentro de los 2 meses calendario siguientes a la fecha de corte de la conciliación.

Si en la conciliación de las cuentas resultaba algún excedente o superávit de contribuciones recaudadas por la empresa, éste debía ser girado a las empresas que determinara el Ministerio-Fondo de Solidaridad, para el pago de los subsidios requeridos en las respectivas zonas territoriales. El giro de estos recursos debía hacerse a más tardar el día hábil siguiente a aquel en que el Ministerio de Minas entregara la instrucción sobre el giro de los excedentes del valor de la contribución.

En caso de que el cálculo del excedente que reportara una empresa fuera inferior al excedente que estimara el Ministerio de Minas y Energía, se giraría inicialmente el excedente estimado por la empresa. Y si en caso de que dentro de los 3 meses siguientes a la fecha en que la empresa recibía la instrucción de giro no justificaba la diferencia, ésta debía girar el monto que resulta de la diferencia entre el primer giro realizado y el valor estimado por el Ministerio. Para el primer semestre de 1998, la Resolución 81960/98 fijó el anterior término en 6 meses y en 4 meses para presentar la información que soporte el cálculo del superávit causado.

A partir de la expedición del Decreto 847 de 2001, aplicable para los años 2001, 2002, 2003 y 2004, se mantuvieron las anteriores obligaciones, pero, adicionalmente, y para el caso en que se presentaran diferencias entre las conciliaciones presentadas por las empresas y por el Ministerio, de manera expresa señaló que si transcurridos 3 meses contados a partir de la fecha en que la empresa recibe la conciliación hecha por el Ministerio de Minas, el Fondo de Solidaridad no encuentra justificada la diferencia, la conciliación hecha por el Ministerio queda en firme.

Hasta aquí se puede ver que no es el Ministerio demandado el que le otorga "firmeza" o certeza a las conciliaciones efectuadas por la empresa o por el Ministerio de Minas. Es la ley y el reglamento los que le otorgan validez y certeza a las conciliaciones reportadas por las empresas prestadoras de servicios públicos y a las realizadas por el Ministerio de Minas en aquellos casos en que existen inconsistencias en la información. Así mismo, es la ley la que, a partir de las conciliaciones realizadas, crea la obligación de transferir los excedentes o el superávit generado trimestralmente a las empresas que determine el Ministerio dentro de la respectiva zona territorial o al Fondo de Solidaridad.

Fíjese que si bien el Decreto 847 de 2001 se refirió expresamente a la firmeza de la conciliación, la Resolución 81960/98 dispuso un efecto parecido cuando al cabo de 3 meses, desde la fecha en que la empresa recibía la instrucción de giro, no justificaba la diferencia, la empresa de servicios públicos debía girar el monto fijado por el Ministerio, menos el que inicialmente había fijado la empresa.<sup>12</sup>

Ahora bien, con respecto a la inquietud de la recurrente sobre si las diferentes comunicaciones que le remitió el Ministerio de Minas y Energía a las Empresas Públicas de Yarumal, en las que se liquidó el superávit por los períodos discutidos

---

<sup>12</sup> Artículo 3°.

y se dio orden de giro, son actos administrativos que debieron ser notificados, la Sala reitera que no es así, toda vez que las órdenes de giro son instrucciones que da el Ministerio a las empresas prestadoras de servicios públicos para transferir los excedentes o superávit generados en el recaudo de las contribuciones de solidaridad, con destino al Fondo de Solidaridad, conforme con las conciliaciones que previamente han presentado las empresas de servicios públicos.

No debe olvidarse que lo que determina la existencia de un acto administrativo es la decisión que toma la Administración de **crear, modificar o extinguir una situación jurídica concreta**.

Las instrucciones de giro, simplemente, daban cuenta de las conciliaciones que las empresas de servicios públicos podían o no justificar.

En el presente caso, la obligación de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios se deriva de la ley, y las instrucciones de giro son el medio que se utiliza para informar a las empresas sobre la obligación de transferir los superávit o excedentes que las mismas han reportado en las conciliaciones que trimestralmente deben presentar.

Como tal, las instrucciones de giro no tienen la naturaleza de actos administrativos, porque la situación jurídica que podría derivarse cuando se justifican las inconsistencias plasmadas en las órdenes de giro, proviene directamente de la ley y no de tales instrucciones.

No se vulneró el derecho de defensa de la recurrente con la expedición de las instrucciones de giro, toda vez que, para ello, tanto en la Resolución 8-1960/98 como en el Decreto 847/01 se estableció la posibilidad de que las empresas prestadoras de servicios públicos puedan justificar ante el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos aquellas diferencias que existan en la conciliación de las cuentas de subsidios y contribuciones, de las que se pueda originar un superávit por contribuciones, explicando las razones del porqué de tales diferencias y aportando los documentos que las soporten.

Existe entonces la posibilidad de que la demandante pueda oponerse y, a la vez, justificar aquellas diferencias, sin necesidad de que para poder ejercer tal derecho, las instrucciones u órdenes de giro deban cumplir las formalidades que todo acto administrativo exige para su formación, como acertadamente lo entendió el Tribunal.

Adicionalmente, las pruebas que reposan en el expediente reflejan que la demandante tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a las diferencias que encontró el Ministerio de Minas y Energía en las conciliaciones que de manera extemporánea presentó, así como también tuvo la oportunidad de validar la información y de presentar los documentos que justificaran tales diferencias, lo que garantizó el ejercicio del derecho de defensa que la parte actora adujo que se le había vulnerado.

### **iii) De si la Resolución 180205/05 fue expedida de manera irregular**

La demandante cuestionó la Resolución 180205/05, por haber sido expedida de manera irregular, en la medida en que el Ministerio omitió aludir al Decreto 3087 de 1997, vigente para el momento en que se realizaron las conciliaciones y se

fijaron los superávits y, porque no enunció las razones de hecho y de derecho que los originaron.

Para la Sala el cargo no prospera por las siguientes razones:

La doctrina judicial de esta Corporación<sup>13</sup> ha sostenido que la expedición irregular del acto administrativo se presenta cuando la Administración no se ajusta a los procedimientos establecidos para manifestar su voluntad, los cuales pretenden otorgar garantías a los administrados. Cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, la expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma.

Se advierte, no obstante, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, al tratar el tema de la formalidad del acto administrativo y la nulidad proveniente de su desconocimiento, han sido del criterio de que no cualquier defecto, puede tener la virtualidad de invalidar una decisión de la Administración, puesto que “...no todas las formas tienen un mismo alcance o valor...”<sup>14</sup>, y ellas van desde las sustanciales hasta las meramente accesorias, siendo únicamente las primeras las que realmente inciden en la existencia del acto y su surgimiento a la vida jurídica y, por lo tanto, la omisión de las mismas sí afecta su validez.

En el caso, la parte actora alegó que la Resolución 180205 adolece de este vicio, porque no enuncia las razones de hecho y de derecho en que se fundamentó y porque no aludió al Decreto 3087 de 1997, norma aplicable para el momento de ocurrencia de los hechos.

Para la Sala estas circunstancias no encajan dentro de lo que la doctrina ha definido como “*expedición irregular de los actos*”, sino más bien dentro de una falta de motivación de los actos. Por esta razón, el análisis se hará en torno a esta última, a partir del contenido de la resolución sobre la que manifestó inconformidad.

El texto de la Resolución 18 0205 del 25 de febrero de 2005 es el siguiente:

**“RESOLUCIÓN NUMERO 18 0205 DE  
25 DE FEBRERO DE 2005**

*Por la cual se declara a una Entidad Prestadora de Servicios Públicos deudora del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos*

**EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**

*En ejercicio de las facultades otorgadas por las Leyes 142 de 1994, Decreto 847 de 2001, modificado por El decreto 201 del 27 de enero de 2004 y por el numeral 13, artículo 5, del Decreto 70 de 2001*

**CONSIDERANDO**

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 1009, expediente 110010326000200400020-00 (27832), Consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>14</sup> BETANCUR JARAMILLO, Carlos; Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora, 7ª ed., 2009. pg. 256.

Que mediante las Leyes 142 y 143 de 1994, se creó el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos como un fondo cuenta para administrar las contribuciones de solidaridad y los subsidios que las diferentes empresas de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física, facturan y otorgan a los usuarios finales.

Que mediante Decreto 847 del 11 de mayo de 2001, modificado por el Decreto 201 del 27 de enero de 2004, se establece el procedimiento interno para la liquidación, reportes y validación de las cuentas de subsidios y contribuciones, así como la manera de efectuar los giros al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos por los superávits que presenten los comercializadores de energía eléctrica.

Que de acuerdo con la información presentada por EMPRESAS PÚBLICAS DE YARUMAL ESP y con la normatividad que reglamenta el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, el Ministerio de Minas y Energía ha validado para dicha empresa un superávit acumulado por concepto de conciliaciones de subsidios y contribuciones desde el año 1998 al 2004 que, a la fecha, no ha sido transferido al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos.

Que siguiendo el procedimiento establecido en las normas mencionadas anteriormente, este Ministerio ha enviado a la citada Empresa las órdenes de giro que a continuación se relacionan:

(...)

Que según lo expuesto, es del caso actualizar las ordenes (sic) de giro dadas, incluyendo los intereses moratorios calculados hasta el 15 de febrero de 2005, según se detalla en el siguiente cuadro resumen:

(...)

INTERESES DE MORA HASTA MAYO 11 DE 2001 SEGÚN DECRETO 3087 DE 1997

(...)

INTERESES DE MORA DESDE MAYO 12 DE 2001 HASTA FEBRERO 15 DE 2005, SEGÚN DECRETOS 847 DE 2001 Y 201 DE 2004

(...)

Que de conformidad con lo anterior,

**RESUELVE:**

ARTICULO PRIMERO. Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE YARUMAL ESP debe al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos- Ministerio de Minas y Energía, la suma de CUATRO MIL CIENTO VEINTITRÉS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$4.123.332.843) M/Cte., correspondientes a capital, rendimientos e intereses de mora calculados a 15 de febrero de 2005, por concepto de superávit generado desde el año 1998 a 2004.

*ARTICULO SEGUNDO. La presente Resolución presta mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, por lo que una vez en firme, sin que se haya verificado su pago, deberá remitirse el presente acto administrativo, junto con las constancias de notificación y ejecutoria al Grupo de Jurisdicción Coactiva con el fin de adelantar el cobro por dicha jurisdicción.*

*ARTICULO TERCERO. Contra la presente Resolución procede el recurso de reposición, el cual debe interponerse personalmente y por escrito, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal o por edicto, bien por el interesado, su representante o apoderado debidamente constituido, según lo establece el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.*

(...)"

Lo anterior muestra que, por el contrario, la Resolución 18 0205/05 sí contiene los fundamentos de hecho y de derecho que la originaron. El Ministerio invocó como fundamentos de derecho las *Leyes 142 y 143 de 1994, el Decreto 847 de 2001, modificado por el Decreto 201 del 27 de enero de 2004 y por el numeral 13, artículo 5, del Decreto 70 de 2001.*; y como fundamentos de hecho el *"superávit acumulado por concepto de conciliaciones de subsidios y contribuciones desde el año 1998 al 2004 que, a la fecha, no ha sido transferido al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos."*

Ahora, frente a la necesidad de que la resolución se haya fundamentado en el Decreto 3847 de 1997, la Sala estima que no había necesidad de que el Ministerio lo hubiera invocado en dicho acto. Esto porque, como quedó claro anteriormente, la obligación de las empresas prestadoras de servicios públicos de realizar las conciliaciones y de llevar cuentas detalladas de los recaudos de las contribuciones de solidaridad y del pago de subsidios, así como la de transferir a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos los excedentes o superávit que surjan por los anteriores conceptos nació con la expedición de la Ley 142 de 1994. Y los decretos y resoluciones que se expidieron con posterioridad a dicha ley, fueron reglamentarios de las disposiciones que para el efecto contenía la Ley 142.

Ahora, la resolución cuestionada no es la que "liquida" los excedentes o superávit a cargo de las Empresas Públicas de Yarumal, como lo propone la demandante, sino que declara a las empresas como deudoras de las obligaciones que fueron determinadas conforme con el procedimiento que, para los años 1998, 1999 y 2000, fijó el Decreto 3847/97 y la Resolución 8-1960 de 1998; y para los años 2001 a 2004, los Decretos 847 de 2001 y 201 de 2004.

Finalmente, en el recurso de apelación, la demandante quiso discutir la inexistencia del superávit objeto de discusión, así como ciertos giros de dinero que efectuó el Ministerio de Minas, a partir de ciertas pruebas que aportó durante la etapa de alegatos de conclusión. Sin embargo, la Sala no se pronunciará al respecto, pues este aspecto no fue cuestionado en la demanda, ni en el curso de la actuación administrativa.

Por las anteriores consideraciones no prospera el recurso de apelación y, en consecuencia, se confirma la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A:**

**1. CONFÍRMASE** la sentencia apelada, pero por las razones esgrimidas en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**  
Presidente

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO**

**CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ**