



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Consejero Ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000 23 37 000 2016 01573-01 (25429)¹
Demandante: EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP
Demandado: LA NACIÓN- MINISTERIOS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y
TURISMO, DE HACIENDA Y CRÉDITO Y PÚBLICO Y DE MINAS
Y ENERGÍA Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN.

Temas: Contrato de estabilidad jurídica. Requisitos.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 6 de agosto de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta Subsección A, que rechazó por extemporánea la excepción de inepta demanda (numeral primero), negó las pretensiones de la demanda (numeral segundo) y no condenó en costas (numeral tercero).

ANTECEDENTES

El 24 de julio de 2009, la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP presentó, ante el Comité de Estabilidad Jurídica, solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica, por el término de 20 años, que ampare el proyecto de ampliación de la capacidad de interconexión del sistema de transmisión nacional entre Colombia y Ecuador (diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento de la línea de transmisión a 230 KV Circuito Doble, Betania-Altamira - Mocoa – Pasto – Frontera).

Por acta N° 06 de 24 de mayo de 2010, el Comité improbió la suscripción del contrato de estabilidad jurídica. Previa interposición del recurso de reposición, el 16 de febrero de 2011, el Comité confirmó el acta recurrida, decisión que fue notificada a la demandante el 23 de junio de 2011, esto es, después de presentada la demanda (10 de mayo de 2011).

DEMANDA

La EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló las siguientes pretensiones²:

¹ El 10 de mayo de 2011, la actora presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en única instancia, ante esta Corporación. Por reparto del 17 de mayo de 2011, bajo el radicado N°11001032700020110001200 (18816) le correspondió conocer del proceso, como ponente, a la magistrada Martha Teresa Briceño de Valencia. Mediante auto de 9 de agosto de 2011 se admitió la demanda. Posteriormente, por auto de 24 de junio de 2016, la ponente declaró la falta de competencia de esta Corporación, por el factor funcional, en razón a la cuantía. Y por reparto del 23 de agosto de 2016 se asignó la competencia del proceso, en primera instancia, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, bajo nuevo radicado: el 25000233700020160157300.

² Folios 4 y 5 del c.p.



“1. Declarar la nulidad de la decisión proferida por el COMITÉ DE ESTABILIDAD JURÍDICA, contenida en Acta 06 de 24 de mayo de 2010, mediante la cual se IMPROBÓ la solicitud de suscripción de contrato de estabilidad jurídica solicitado por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP, el 24 de julio de 2009.

2. Como consecuencia de lo anterior, se restablezca en su derecho a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA S.A. ES, y se declare que la solicitud que ésta presentó el 24 de julio de 2009, para la suscripción de contrato de estabilidad jurídica, cumple con todos los requisitos exigidos por la Ley 963 de 2005 en concordancia con los Documentos CONPES 3366 y 3406 expedidos para el efecto.

3. Declarar que la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA SA ESP se encuentra amparada por el régimen especial de estabilidad jurídica previsto en la Ley 963 de 2005, el cual rige para ésta a partir del 24 de julio de 2009 y se extiende por el término de veinte (20) años, en los términos y condiciones, y en relación con las normas identificadas en la solicitud que dicha empresa presentara el 24 de julio de 2009, y no está obligada a pagar los tributos y contribuciones que durante la vigencia del régimen de estabilidad sean modificadas.

4. Ordenar al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA suscribir contrato de estabilidad jurídica con la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA S.A. ESP, en los términos y de conformidad con la solicitud que presentó el 24 de julio de 2009.

5. Declarar como consecuencia que la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA S.A. ESP, tiene derecho a que se le aplique la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos de que trata el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, por todo el término de duración del contrato de estabilidad jurídica, sin que se le pueda aplicar la adición del parágrafo 3° del mismo artículo, que introdujo el artículo 1° de la Ley 1430 de 2010.

6. Ordenar la devolución a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA SA ESP, de las sumas pagadas por concepto de la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos de que trata el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, en caso de que al proferirse la sentencia la empresa hubiere perdido el beneficio de que trata el parágrafo 3 del mismo artículo, adicionado por el artículo 1° de la Ley 1430 de 2010.”

La demandante invocó como normas violadas, las siguientes:

- Artículos 6, 13, 29, 209, 95-9, 363, 333 y 334 de la Constitución Política.
- Artículo 3 del Código Contencioso Administrativo;
- Artículos 1, 2, 3 inc. 2 y parágrafo, 4 literales a), b) y f) y parágrafo y 6 y 11 incisos 2 y 3 de la Ley 963 de 2005.
- Documentos CONPES 3366 y 3406 de 2005.

El concepto de la violación se sintetiza así:

Existe silencio administrativo negativo. Frente al acto que resolvió el recurso de reposición se configuró el silencio administrativo negativo teniendo en cuenta que transcurrieron más de ocho meses desde la presentación del recurso (26 de julio de 2010) contra el acta 06 de 24 de mayo de 2010, que improbó la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, sin que se haya notificado el acto que resolvió el recurso.



Para la fecha de presentación de la demanda -10 de mayo de 2011- no se había notificado a la demandante el acto que decidió el recurso de reposición contra el acta 06 de 2010. Por lo anterior, al configurarse el silencio administrativo negativo, debe entenderse agotada la vía gubernativa, en los términos del artículo 135 del CCA.

Falsa motivación del acta que improbo la suscripción de contrato de estabilidad jurídica. El Comité de Estabilidad jurídica improbo la solicitud presentada por las siguientes razones: 1) al tratarse de una inversión ejecutada, el inversionista asumió la totalidad de los riesgos de cambios normativos; 2) la cuantía de la inversión representa apenas el 1.6% de los activos totales de la compañía para el año 2009; 3) la rentabilidad del proyecto se encuentra garantizada de conformidad con la regulación sectorial; 4) como el proyecto está referido a la actividad de transmisión de energía eléctrica, no tiene un impacto real sobre la actividad general que desarrolla la empresa.

El Ministerio de Minas y Energía, miembro del comité y autoridad competente en el sector energético, presentó concepto favorable respecto a la aprobación de la solicitud del contrato de estabilidad jurídica presentada por la demandante.

La decisión del Comité está falsamente motivada por las siguientes razones:

El proyecto no se encuentra totalmente ejecutado toda vez que, si bien en los años 2006 y 2007 se hicieron algunas inversiones \$86.366.000.000 y \$43.353.000.000, respectivamente, queda un faltante de \$13.770.000.000 que deberá invertirse hasta el año 2029, según la proyección informada al Comité. Por tanto, no es válido afirmar que los riesgos asociados al proyecto, entre ellos, los relativos a los cambios normativos, fueron completamente asumidos por la demandante, pues existe una inversión pendiente de ejecución, que justifica la suscripción del contrato de estabilidad jurídica.

La rentabilidad de proyecto no se encuentra garantizada. No es cierto que la rentabilidad del proyecto se encuentre garantizada, pues como lo establece la Resolución CREG 091 de 2005, la remuneración que recibe la demandante es el ingreso anual esperado, de conformidad con la propuesta presentada por la Empresa a la convocatoria pública internacional de la Unidad de Planeación Minero Energética - UPME-01-2005.

La Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP participó en esa convocatoria pública y fue seleccionada por la UPME. Dicho proyecto fue ejecutado desde el segundo semestre de 2005 hasta diciembre del año 2007, pero su operación iniciaría en noviembre de 2007 por el término de 25 años.

Sin embargo, el ingreso que recibe la empresa en razón a la convocatoria realizada por la UPME no garantiza la rentabilidad del proyecto, toda vez que la propuesta que se presenta a esa entidad determina, para su adjudicación, un bajo ingreso anual esperado - IAE. Lo anterior implica que, inclusive, la mejor propuesta puede ir a pérdida, situación que, en últimas, podría obedecer a razones de ampliar el mercado actual o entrar en regiones hasta ahora inexploradas.

Por lo anterior no es posible concluir que, por tener un ingreso anual esperado, que puede no ser efectivo, la demandante tenga garantizada la rentabilidad del proyecto relacionado con la solicitud de estabilidad jurídica.



La inversión de la empresa oscila entre el 2% y el 7% de los activos de la compañía. Tampoco es cierto que la cuantía de la inversión representa apenas el 1.6% de los activos totales de la actora para el año 2009, ya que, al realizar el cálculo de su valor sin incluir las inversiones de otras sociedades controladas y no controladas, la inversión de la Empresa de Energía de Bogotá en el proyecto mencionado oscila entre el 2% y 7% de los activos de la compañía, hecho que se probó con los anexos de la solicitud para el contrato de estabilidad jurídica.

Los activos de Empresa de Energía de Bogotá de los últimos 3 años, con y sin las inversiones que ésta posee en otras compañías dedicadas a actividades conexas del sector energético, se encuentran dentro del promedio (entre el 2% y el 7%), de otras empresas que cuentan con contrato de estabilidad jurídica, como SOFASA, SURAMERICANA DE SEGUROS DE VIDA, SURATEP Y PROMIGÁS.

En el acta 11 del 7 de septiembre de 2009, el Comité de Estabilidad Jurídica incluyó requisitos para aprobar solicitudes, distintos a los establecidos en la Ley 963 de 2005, el Decreto 2950 de 2005 y el CONPES 3306 y 3406 de 2005. Tales requisitos no deben tenerse en cuenta en la revisión del caso de la demandante, en tanto se desborda la competencia discrecional del Comité.

El proyecto tiene impacto real en la actividad de la empresa. La Empresa de Energía de Bogotá, como prestador del servicio de transmisión de energía, posee el 8% de participación en el sistema de transmisión nacional del país, lo que permitirá que otras empresas en las cuales la compañía tiene inversiones puedan contar con una mayor capacidad, ampliar su negocio y mejorar las utilidades esperadas por la citada empresa.

En caso de no realizarse las inversiones presentadas en la solicitud de estabilidad jurídica, la empresa demandante no podrá continuar ampliándose en el mercado de la energía, por lo que la inversión propuesta se encuentra directamente relacionada con el objeto social principal de la empresa.

Desconocimiento de los principios normativos de igualdad y equidad. La Empresa de Energía de Bogotá ha recibido un trato desigual e inequitativo en comparación con otras empresas cuyos contratos de estabilidad jurídica ya han sido suscritos y que, al igual que la Empresa de Energía de Bogotá, cumplieron con los criterios establecidos para optar por la estabilidad jurídica.

El ejercicio de la facultad que otorgó la Ley 963 de 2005 al Comité no puede generar diferencias injustificadas y no previstas en la ley al momento de decidir si se aprueba o no una solicitud para firmar un contrato de estabilidad jurídica, como se pretende en este caso. Una posición en este sentido sería contraria a la Constitución, la ley y los Documentos CONPES que regulan la materia y que constituyen el marco orientador de las decisiones del Comité de Estabilidad Jurídica.

Los principios constitucionales de libre competencia y distribución equitativa de oportunidades también resultan vulnerados por el acta 06 del 24 de mayo de 2010, en la medida en que las restricciones y condiciones que el Comité de Estabilidad Jurídica ha impuesto a la solicitud de la demandante introducen elementos que distorsionan la competitividad de la actora, no sólo en el sector energético sino a nivel del ejercicio de un negocio legítimo.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En escritos separados, pero con idéntico contenido, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opusieron a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

No operó el silencio administrativo negativo. Antes de que la demandante acudiera a la jurisdicción, en sesión del 16 de febrero de 2011, el Comité de Estabilidad Jurídica resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora contra el acta que improbo la solicitud de contrato de esta estabilidad jurídica. Esa decisión fue plasmada en la resolución número 003 de 2011, notificada el 23 de junio de 2011 por el Ministerio de Minas y Energía.

Al tratarse de una inversión ejecutada, el inversionista asumió la totalidad de los riesgos de cambios normativos. El Comité consideró que dada la circunstancia de que el proyecto se encontraba ejecutado en un alto porcentaje a la fecha de presentación de la solicitud y evaluación de la misma (aproximadamente el 90.72%), es evidente que el inversionista había asumido los riesgos derivados de su ejecución.

Aun si se acepta que la demandante no asumió todos los riesgos por no encontrarse plenamente ejecutado el proyecto, el riesgo regulatorio para su inversión se mitiga de una manera importante gracias al ingreso anual esperado (IAE) del que es beneficiario de acuerdo con la Resolución CREG 077 de 2005 modificada por la Resolución CREG 091 de 2005.

La rentabilidad del proyecto se encuentra en garantizada por la regulación sectorial. Lo que busca el Estado con el pago del IAE es garantizar al transmisor que tal remuneración abarque todos los costos y gastos en los que pueda incurrir el inversionista en el desarrollo de su actividad, privilegio que no tienen otras actividades económicas y que EEB S.A. ESP ostenta respecto de su proyecto de inversión. Si la actora decide, por su cuenta, irse a pérdida para que le sea adjudicado un proyecto, independientemente de las razones que lo motiven a tomar tal decisión, lo hace a sabiendas de que va en contra del querer del Estado.

El IAE no se limita a los primeros veinticinco (25) años, sino que a partir del año veintiséis (26) de la puesta en servicio del proyecto correspondiente, el transmisor continuará percibiendo un ingreso anual de acuerdo con la fórmula planteada en el numeral III del literal a) del artículo 4º de la Resolución CREG No. 022 de 2001.

La inversión representa el 1.6% de los activos totales de la compañía y el proyecto no tiene impacto real sobre la actividad que desarrolla la demandante. Partiendo del promedio de los tres (3) años anteriores al de la presentación de la solicitud (2007-2009), el tamaño relativo de la inversión frente a los activos de la actora, representa apenas el 1.69%, lo cual comparte el demandante.

Siguiendo la metodología propuesta por el inversionista en donde excluye del total de activos la participación de EEB SA. E.S.P. en compañías controladas y no controladas, se presentan inconsistencias en los cálculos aritméticos. En efecto, si se restan del total de activos las inversiones permanentes, el porcentaje de participación promedio



de las inversiones frente al nivel de los activos sería del 2.2%, y no de 7%, como lo indica la demanda, porcentaje que para fines del análisis sigue siendo marginal.

Por otra parte, la participación de los activos de propiedad, planta y equipo dedicados a la transmisión de energía frente a los activos totales representa solo el 3.34% y los ingresos no operacionales, es decir, aquellos obtenidos por actividades diferentes a la transmisión de energía, significan en promedio el 82% de los ingresos totales de la compañía.

No se vulneran el derecho a la igualdad y a la libre competencia. La decisión contenida en el acto demandado es legítima y se encuentra sustentada en la información suministrada por el inversionista, razón por la cual no puede considerarse que se encuentre en condiciones idénticas a las de empresas del sector energético a quienes se les aprobó el contrato de estabilidad jurídica.

En consecuencia, los actos administrativos fueron motivados debidamente y no adolecen de ninguna de las causales de nulidad previstas en la ley.

Sobre la discrecionalidad del Comité. Si bien en sus decisiones el Comité debe tener en cuenta el Plan de Desarrollo y el Documento Conpes 3366 de 2005, expedido para efectos de la Ley 963 de 2005, no puede desconocer la naturaleza y condiciones específicas tanto de la inversión como de la compañía que presenta la solicitud. Está obligado a hacer una evaluación completa de la solicitud consultando todos los aspectos fácticos, financieros, económicos y normativos relativos a la misma, así como el interés general, sin que le esté dado otorgar un tratamiento preferencial al inversionista, desconociendo estos aspectos, lo que de ningún modo supone contrariar el principio de la legalidad u obrar con discrecionalidad absoluta.

Respecto al pronunciamiento favorable del Ministerio de Minas y Energía en relación con el proyecto de inversión del demandante, se trata de un concepto técnico previo, sobre la cobertura de la estabilidad, viabilidad y sostenibilidad del proyecto, impacto económico y social de la inversión, así como otros aspectos, concepto que según el artículo 25 del CCA -vigente para el año 2009-, no compromete la responsabilidad de la entidad que lo emitió, ni es de obligatorio cumplimiento para el comité.

Finalmente, no es pertinente pronunciarse sobre la referencia que hace el demandante a la aplicación de los criterios fijados por el Comité de Estabilidad en acta No. 11 de 2009, dado que estos están orientados a establecer el término y la cobertura del contrato de estabilidad jurídica, cuando se autoriza la suscripción del mismo y en este caso el Comité improbó la solicitud de acuerdo con la evaluación que consta en el acta correspondiente, de manera que no hay lugar a su aplicación.

El Ministerio de Minas y Energía se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual reiteró los argumentos expuestos por los demás miembros del Comité y agregó lo siguiente:



El Comité es el competente para aprobar o improbar la solicitud. Dentro del trámite de la solicitud presentada por la demandante, el proyecto de inversión desarrollado por la Empresa de Energía de Bogotá estaba acorde con las políticas del sector energético y que además, corresponde a una recomendación del Plan de Expansión Generación- Transmisión 2004-2018 justificada en los beneficios para el país y para la región, por lo que se emitió concepto técnico favorable para que fuera considerada la solicitud, sin perjuicio de las consideraciones que al respecto tuviera el Comité de Estabilidad Jurídica y previo el lleno de los requisitos requeridos para ello, contenidos en la Ley 963 de 2005, sus Decretos reglamentarios y demás normatividad relacionadas.

Es al Comité a quien corresponde aprobar o improbar la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, sobre la base de los criterios señalados en el documento CONPES y demás consideraciones que de manera discrecional y legítima estime pertinentes.

No se vulnera el derecho a la igualdad respecto a otras empresas del sector minero. La actora es una empresa integrada verticalmente cuyo objeto social principal es la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía, incluido el gas y líquidos combustibles en todas sus formas. La actividad del transporte de energía resulta relativamente menor en su balance.

En contraposición, ISA S.A., E.S.P tiene como negocio principal el transporte de energía a alto voltaje en Colombia y cuenta con la participación más importante dentro del sistema de transmisión nacional STN, siendo propietario de 8.941 km de líneas de transmisión y 46 subestaciones de alto voltaje, que representan el 69.7% del total de activos de dicho sistema.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal rechazó por extemporánea la excepción de inepta demanda propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la etapa de alegatos de conclusión, La excepción la hizo consistir en que la actora debió demandar el acto “definitivo” contenido en la Resolución N°003 de 2011, que resolvió el recurso de reposición contra el acta 06 de 2010. Y el rechazo se debió a que conforme con el artículo 144 del CCA, la oportunidad procesal para presentar excepciones es la contestación de la demanda, no los alegatos de conclusión.

Igualmente, el Tribunal precisó que **se configuró el silencio administrativo negativo y que debe entenderse demandado el acto ficto derivado del silencio**, por las siguientes razones:

La Resolución N° 003 de 2011, que resolvió el recurso de reposición formulado por la demandante contra el acta 06 de 2010, se expidió el 16 de febrero de 2011. No obstante, se notificó a la demandante el 23 de junio de 2011, esto es, después de la presentación de la demanda (10 de mayo de 2011), cuando ya había vencido el término de dos meses para decidir el recurso, previsto en el artículo 60 del C.C.A, vigente al momento de los hechos.



Comoquiera que para fecha de presentación de la demanda, la resolución que decidió el recurso de reposición contra el acta 06 de 2010 no era oponible a la demandante, se configuró el silencio administrativo negativo, por lo que se entiende agotada la vía gubernativa y se considera demandado el acto ficto negativo derivado del silencio de la administración, de acuerdo con el artículo 135 inciso 2 del CCA.

Además, negó las pretensiones de la demanda por las razones que se resumen de la siguiente manera:

No se cumplieron los requisitos para la aprobación del contrato de estabilidad jurídica.

La rentabilidad del proyecto se encuentra garantizada de conformidad con la regulación sectorial. El proyecto de inversión de la demandante tiene una rentabilidad garantizada por la regulación del sector, toda vez que la entidad competente para el pago del ingreso anual esperado IAE garantiza, respecto a ese proyecto, una remuneración anual correspondiente a USD\$4.224.959, durante los primeros 25 años, contados a partir del primero de abril de 2007, retribución fue fijada por la demandante en la propuesta presentada a la UPME para la adjudicación del proyecto de línea de transmisión.

La cuantía de la inversión representa el 1.6% de los activos totales de la actora y no tiene impacto real sobre la actividad general que desarrolla empresa. Tomando como base el promedio de los tres (3) años anteriores al de la presentación de la solicitud, se concluyó que la inversión propuesta de la demandante representa el 1.6% del total de los activos de la compañía incluyendo inversiones en sociedades y de 6.87%, sin incluir inversiones en sociedades. porcentajes que son marginales frente a la inversión que pretende garantizar con el contrato de estabilidad jurídica.

La inversión no tiene impacto real sobre la actividad general que desarrolla la empresa demandante, teniendo en cuenta que la utilidad obtenida por la demandante no deviene de la operación de transmisión de energía -objeto principal del proyecto presentado-, sino de los dividendos derivados de su participación en otras empresas.

Al tratarse de una inversión ejecutada, el inversionista asumió la totalidad de los riesgos normativos. Para la fecha en que solicitó la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, la actora ya había ejecutado el proyecto en \$128.996.000.000, lo cual corresponde al 91% del total de la inversión cuantificada en \$142.996.000.000.

La estabilidad jurídica pretendida por la demandante se circunscribe al 10% de la inversión con el fin de culminar la ejecución del proyecto, porcentaje que no resulta significativo frente los riesgos que se pretenden mitigar con el contrato de estabilidad jurídica.

Los inversionistas como SOFASA S.A, PROPILCO S.A, COMPAÑÍA DE GALLETAS NOEL, SURAMERICANA DE SEGUROS DE VIDA, SURATEP, COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES y otros tienen un objeto social diferente al de la demandante y plantearon al Comité proyectos de inversión de acuerdo al ramo al cual pertenecen, así como su situación financiera, el impacto económico y social y las normas aplicables para el contrato de estabilidad jurídica. Por tanto, los inversionistas mencionados no se encuentran en igual o similar situación a la ~~de~~ demandante que



amerite hacer un análisis comparativo con ésta.

El hecho de que la parte actora afirme que el Comité en otras oportunidades aprobó la suscripción de contratos de estabilidad jurídica sin tener como indicativo los activos de la empresa, no conduce a concluir que la demandante se halle en inequidad y desigualdad frente a la sociedad ISA SA, pues, como quedó demostrado, tienen proyectos de inversión que se diferencian.

Tampoco se encuentra vulnerado el principio de libre competencia, pues el demandante no demostró en qué forma las entidades demandadas han violado dicho principio.

Así las cosas, el acto administrativo acusado fue expedido en virtud de la facultad de evaluación consagrada en la Ley 963 de 2005 y se funda en elementos técnicos apropiados y un análisis económico y social, que dieron como resultado el rechazo de la suscripción del contrato de estabilidad jurídica tras la ponderación de los beneficios que generaría la inversión y los costos recaudatorios que tendría que asumir el Estado por el otorgamiento de los beneficios tributarios.

Condena en costas. No hay lugar a condenar en costas a la demandante, teniendo en cuenta que no se comprobó que se incurriera en ellas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación con fundamento en lo siguiente³:

No se trata de una inversión ejecutada. En los términos de la Ley 963 de 2005, resulta irrelevante que solo falte por ejecutar el 10% del proyecto. Esa norma no establece una condición de ese tipo. Tampoco se puede asumir que atendiendo al IAE, el inversionista ya asumió el riesgo del cambio normativo. Teniendo en cuenta el tiempo que hacía falta para la terminación del proyecto (hasta 2029) y el monto que se debe invertir (más de \$13.000'000.000), se justifica el acceso al beneficio.

Está demostrado que otras empresas accedieron al beneficio en condiciones similares (esto es, cuando buena parte de los proyectos ya se habían ejecutado) desconociéndose abiertamente el derecho a la igualdad y la libre competencia.

La rentabilidad del proyecto no se encuentra garantizada. El IAE no implica necesariamente rentabilidad. Hace parte de la oferta presentada por el inversionista al momento de participar en la asignación de la obra. Las dos figuras, esto es la rentabilidad que se busca garantizar con el contrato de estabilidad jurídica y el ingreso anual esperado (IAE) no son incompatibles. La estabilidad jurídica asegura que el inversionista no verá afectado su ingreso por el término que dure el contrato.

La cuantía de la inversión no representa el 1.6 % de los activos totales de la compañía. Los activos de Empresa de Energía de Bogotá de los últimos 3 años, con y sin las inversiones que ésta posee en otras compañías dedicadas a actividades conexas del sector energético, se encuentran dentro del promedio (entre el 2% y el 7%), al realizar el cálculo de los activos, sin incluir las inversiones de otras sociedades controladas y no controladas.

³ Índice 2 Samai.



Además, el único requisito económico establecido en el artículo 2 de la Ley 963 de 2005 para determinar el acceso al beneficio de la estabilidad jurídica, está definido en un "monto mínimo", esto es, *"inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a 150.000 UVT*. No corresponde al Comité establecer nuevos requerimientos con base en el "impacto" de la inversión.

En el acta 11 del 7 de septiembre de 2009, el Comité de Estabilidad Jurídica incluyó requisitos para aprobar solicitudes de contratos de estabilidad jurídica, distintos a los establecidos en la Ley 963 de 2005, el Decreto 2950 de 2005 y el CONPES 3306 y 3406 de 2005. Tales requisitos no deben tenerse en cuenta en este caso, en tanto se desborda la competencia discrecional del Comité respecto a la sujeción a la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Minas y Energía reiteraron los argumentos expuestos en las contestaciones de la demanda.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no intervino en esta etapa del proceso.

El Ministerio Público no conceptuó.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa

La Consejera de Estado Stella Jeannette Carvajal Basto manifestó que está impedida para conocer de este asunto con base en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, porque conoció del proceso en instancia anterior.

La Sala encuentra probado el impedimento manifestado, pues la Magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto conoció del proceso en primera instancia. En consecuencia, acepta el impedimento de la Consejera doctora Carvajal Basto y la separa del conocimiento del proceso. No se sortea conjuez porque existe cuórum para decidir.

Asunto de fondo

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la demandante, la Sala decide si es procedente la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica presentada por la actora. En concreto, define si proceden las razones que tuvo en cuenta el Comité de Estabilidad Jurídica para no aprobar el contrato de estabilidad jurídica solicitado por la actora.

La Sala confirma la sentencia apelada, según el siguiente análisis:



De la solicitud del contrato de estabilidad jurídica. Reiteración jurisprudencial⁴

El contrato de estabilidad jurídica es una figura adoptada mediante la Ley 963 de 2005⁵ con el objeto de incentivar a los inversionistas en Colombia, mediante la garantía de que las normas determinantes para realizar su inversión no serán modificadas, a cambio del pago de una prima a favor del Estado por parte del inversionista. Los artículos 1 al 4 de la citada ley, establecían, en su orden, lo siguiente:

“Artículo 1o. Contratos de Estabilidad Jurídica. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

*Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las **normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión**, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo. Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.*

Artículo 2o. Inversionistas nacionales y extranjeros. *Podrán ser parte en los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a 150.000 UVT, para desarrollar las siguientes actividades: turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité de que trata el artículo 4o literal b). Se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio.*

Artículo 3o. Normas e interpretaciones objeto de los contratos de estabilidad jurídica. *En los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión. (...)*

Parágrafo. Para los efectos de esta ley se entienden como inversiones nuevas, aquellas que se hagan en proyectos que entren en operación con posterioridad a la vigencia de la presente ley”.

Artículo 4o. Requisitos esenciales de los contratos de estabilidad jurídica. *Los contratos de estabilidad jurídica deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:*

- a) *El inversionista presentará una solicitud de contrato que deberá cumplir con los requisitos contenidos en los literales c), d) y e) de este artículo, y deberá acompañarse de un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con*

⁴ Se reitera el criterio adoptado por esta Sala en sentencia del 15 de julio de 2021, Rad. 25000-23-37-000-2016-01552-01, Exp. 24081, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello.

⁵ La Ley 963 de 2005 fue derogada por el artículo 66 de la Ley 1607 de 2012.



- los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar;
- b) **La solicitud de contrato será evaluada por un Comité que aprobará o improbará la suscripción del contrato conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento CONPES que para tal efecto se expida.** (...)
 - c) **En los contratos se establecerá expresamente la obligación del inversionista de realizar una inversión nueva o una de ampliación, conforme al artículo 20 de la presente ley, se señalará el plazo máximo para efectuar la inversión y se indicará el término de duración del contrato;**
 - d) **En las cláusulas contractuales deberán transcribirse los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas emitidas por los organismos y entidades determinados en esta ley, así como las interpretaciones administrativas vinculantes, sobre los cuales se asegurará la estabilidad, y se expondrán las razones por las que tales normas e interpretaciones son esenciales en la decisión de invertir.** (Resaltado fuera de texto)

En los antecedentes de la Ley 963 de 2005⁶, se realizaron las siguientes precisiones sobre las inversiones cobijadas con los contratos de estabilidad jurídica y la justificación para incluir en el beneficio las ampliaciones de inversiones existentes:

“Exposición de motivos⁷:

*“Para promover la claridad en las reglas del juego, el Gobierno presenta la novedosa figura de los contratos de confianza inversionista, mediante la cual la Nación garantiza a quienes efectúen inversiones nuevas por montos iguales o superiores (...), que en caso de que sean modificadas ciertas disposiciones normativas específicamente previstas en dichos contratos, **cuya estabilidad sea determinante en la decisión de inversión, estos serán indemnizados.** Ponencia primer debate proyecto de ley:*

*“Es craso error convocar a los inversionistas si los desembolsos que han de producirse tienen estrictamente el carácter de nuevos. Se trata de un límite con consecuencias económicas y sociales funestas. **Es imprescindible que el ámbito de aplicación de las inversiones cobije también a las ya existentes, pues estas se encuentran en plena productividad, están rindiendo utilidades y generando empleo, contribuyendo directamente al crecimiento económico y desarrollo social, tiene planes de expansión inmediata, etc., razones válidas y suficientes para incluirlas en el proyecto. Es preciso otorgar a las inversiones de refuerzo idénticas ventajas que las concedidas a las inversiones nuevas. Estas inversiones de refuerzo deben contemplarse obligatoriamente, sin la menor duda, en la ley que promueve y estimula la confianza de los inversionistas en nuestro país (...).**” (Resaltado fuera de texto)*

Facultad discrecional del Comité de Estabilidad Jurídica. Esta Corporación ha considerado que de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 963 de 2005, el procedimiento administrativo para definir la celebración o no de un contrato de estabilidad jurídica tiene dos fases: a) la inicial, de solicitud de contrato a cargo del inversionista, y b) la de evaluación, a cargo de un comité encargado de estudiar la solicitud y definir en ejercicio de su facultad discrecional, sobre la aprobación o improbación de la

⁶ Gaceta del Congreso 350 del 24 de julio de 2003, y Gaceta del Congreso 590 del 13 de noviembre de 2003.

⁷ El proyecto presentado por el Gobierno ante la Cámara de Representantes, únicamente cobijaba inversiones nuevas.



suscripción del contrato ⁸.

Sobre la facultad discrecional del Comité, en sentencia de 27 de agosto de 2021 esta Corporación precisó lo siguiente⁹:

“ (...) Facultad discrecional del Comité de Evaluación Jurídica

60. La segunda fase de la determinación, se centra en las competencias del Comité de Estabilidad Jurídica. En las bases de esta etapa despunta como aspecto principal, la facultad discrecional conferida por el legislador al Comité, en la medida que, habiendo dejado plantados unos requisitos normativos y haciendo expresas las finalidades de la decisión, estableció que sería el análisis de diversas variables financieras, técnicas y en general de factibilidad –según el proyecto de inversión presentado– las que, en su conjunto, permitirían concluir si se aprobaba o no la suscripción del citado instrumento contractual.

La decisión así adoptada, según el contexto de la ley, es discrecional y no reglada como parecería interpretarlo el demandante.

[...]

65. Profundizando más en este aspecto, habrá de recordarse que el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) en su artículo 36¹⁰, hizo referencia el ejercicio de facultades discrecionales para actos generales o particulares, norma que se reprodujo en el artículo 44 del CPACA, como reconocimiento a una realidad de administración y ejercicio del poder público, soportado, entre otros, en criterios de utilidad y necesidad; así, tal disposición estableció como condición de la expedición de los actos bajo facultad discrecional, que la decisión así adoptada debe “ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa” (subraya añadida), que son, entre otros, los elementos que esta Sala se propone tener como guía de decisión.

66. Conforme a lo anterior, al revisar la aplicación concreta del concepto de la *discrecionalidad* en torno a las decisiones que el Comité de Estabilidad Jurídica debía adoptar, es posible advertir que dicho órgano colegiado debía analizar, bajo el criterio de conexidad teleológica de la facultad conferida, los siguientes elementos principales: (i) los fines de la norma que lo autorizó; (ii) los principios constitucionales inherentes al ejercicio de la función administrativa, entre ellos el interés general como medida del bien común; (iii) las normas relacionadas con el sector de desempeño; (iv) las normas objeto de la solicitud de estabilización; (v)

⁸ Sección Tercera, Subsección “A” de esta Corporación, sentencia de 27 de agosto de 2021. Rad. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58927), C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Sobre el alcance de esta disposición, la Corte Constitucional - Sentencia C-301 del 3 de febrero de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara - se pronunció en los siguientes términos:

“Encontramos en la discrecionalidad, dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho. De todo lo anterior se desprende que la discrecionalidad no implica arbitrariedad al estar basada en los principios de racionalidad y razonabilidad”.

Igualmente, en Sentencia C-301 del 3 de febrero de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional señaló:

“Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas”



los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo¹¹, para establecer la compatibilidad del proyecto con los objetivos de la acción estatal y con el plan de inversiones de las entidades públicas de orden nacional; (vi) el documento CONPES 3366 de 2005, con modificación aclaratoria mediante CONPES 3406 de 2005 que definió las “*Consideraciones técnicas para la evaluación de solicitudes de celebración de contratos de estabilidad jurídica*”; (vii) el análisis de los estudios técnicos, financieros y de factibilidad de todo tipo, necesarios para definir la viabilidad del instrumento, conforme a los anteriores elementos; y, (viii) la valoración del costo–beneficio para el Estado de *estabilizar* determinadas normas, frente a las bondades que representa la inversión propuesta y la contraprestación ofrecida.
(...)”

Caso concreto

En el caso en estudio, previa solicitud de la actora, presentada el 24 de julio de 2009, el Comité de Estabilidad Jurídica expidió el acta n° 06 de 24 de mayo de 2010, mediante la cual improbo la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, por las razones que siguen:

“5. [...]”

Se imprueba la suscripción del contrato de estabilidad jurídica en consideración al hecho que la rentabilidad del proyecto se encuentra garantizada de conformidad con la regulación sectorial y que la cuantía de inversión representa apenas el 1.6% de los activos totales de la compañía para el año 2009. Igualmente, el Comité estimó que, como el proyecto está referido a la actividad de transmisión de energía eléctrica, no tiene un impacto real sobre la actividad general que desarrolla la empresa y, además, al tratarse de una inversión ejecutada, es claro que el inversionista asumió la totalidad de los riesgos de cambios normativos.

Lo expresado, en armonía con la discrecionalidad con que cuenta el Comité de Estabilidad Jurídica para aprobar o improbar la suscripción de un contrato teniendo en consideración razones de conveniencia para el Estado.

Sobre el particular, la delegada del Ministerio de Minas y Energía se apartó de la decisión de improbación de la suscripción del contrato, al considerar que los supuestos en los que se fundamentó el Comité no corresponden al concepto favorable emitido por esa cartera, cuya copia obra en la actuación administrativa adelantada por la secretaria técnica.”¹²

Es de anotar que la presentación de la solicitud de contrato de estabilidad jurídica no implica *per se* la aprobación de esta ni la consecuente suscripción del contrato, sino una mera expectativa sujeta a la evaluación, por parte del Comité de Estabilidad Jurídica, de la conveniencia de la suscripción de éste y del cumplimiento de los requisitos previstos en la ley. Así también lo entendió la Corte Constitucional en sentencia C-785 de 2012, en la que se advierte que la ley no reconocía al solicitante derechos adquiridos a la estabilidad de las normas por el solo hecho de presentar la solicitud de aprobación del contrato¹³.

Sobre las razones del Comité para no aprobar el contrato de estabilidad jurídica, se

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-524 del 1 de Julio de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹² Folios 619-620 ca. 3.

¹³ Sentencia del 15 de julio de 2021, Rad. 25000-23-37-000-2016-01552-01, Exp. 24081, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello.



precisa lo siguiente:

La inversión está ejecutada. La apelante señala que conforme los artículos 1 y 4 de la Ley 963 de 2005 para establecer la importancia de la estabilidad jurídica, es irrelevante respecto a la inversión que solo falte por ejecutar el 10% del proyecto, ya que la ejecución de ese porcentaje del proyecto se extiende hasta el año 2029 y está pendiente de invertir un monto superior a \$13.000'000.000.

Para resolver este cargo, la Sala reitera, en lo pertinente, la sentencia de 15 de julio de 2021, que resolvió un asunto similar¹⁴.

En el análisis es útil observar que el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) expidió el Documento CONPES 3366 del 1º de agosto de 2005 (modificado por el Documento CONPES 3406 de 2005), mediante el cual se establecieron los criterios técnicos para la evaluación y aprobación de los proyectos de inversión presentados ante el Comité de Estabilidad Jurídica, siendo uno de estos, que *“El inversionista solicitante de un contrato de estabilidad jurídica es el responsable de demostrar que la norma objeto del mismo es determinante de la inversión que proyecta realizar”*.

Como se indicó, los contratos de estabilidad jurídica previstos en la Ley 963 de 2005 cubrían inversiones nuevas, al igual que proyectos de *“ampliación”* de inversiones existentes, es decir, inversiones que se hubieran iniciado antes de la expedición de la ley. Para ello se requiere que, además, se demuestre el carácter determinante de la decisión de inversión en relación con las normas que en cada caso se busque estabilizar (art. 4 de la Ley 963 de 2005, literal d).

Al respecto la Sala señaló que *“[l]o que resulta fundamental para la aplicación del régimen de estabilidad jurídica es el cumplimiento del proyecto de inversión con las condiciones establecidas en la norma para ser beneficiario, entre las cuales se exige la motivación del inversionista como una de las finalidades del contrato y el carácter determinante de las normas que se señalaban como objeto de la solicitud del contrato de estabilidad.”*¹⁵. En tal sentido, la ley exigió una relación esencial entre la decisión de invertir y la solicitud de estabilidad de las normas. De modo que las inversiones y las ampliaciones de inversiones existentes deben tener como factor determinante la estabilidad jurídica de ciertas normas necesarias para su realización y ejecución¹⁶.

En el caso concreto, el proyecto de inversión objeto de estabilidad jurídica consiste en el diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento de la línea de transmisión a 230 kv Circuito Doble, Betania - Altamira - Mocoa - Pasto – Frontera, que incluye obras a lo largo de 379 km de la línea de transmisión.

Sobre el porcentaje de ejecución del proyecto, en el trámite de la solicitud, el Departamento de Planeación emitió concepto en el que precisó lo siguiente:

“El monto total de la inversión asciende a un valor de \$142.996.000.000 M/CTE, de los cuales 91% fue ejecutados entre el segundo semestre de 2005 y diciembre de 2007. El 9% restante según la información suministrada por la empresa, se hará

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*



efectivo por medio de inversiones futuras planeadas para realizarse entre los años 2010 y 2029.”

Sobre la ejecución de la inversión, el Comité de Estabilidad Jurídica se enfocó, primordialmente, en el carácter determinante de las normas a estabilizar respecto de la decisión de invertir, en la medida en que la mayoría del proyecto de inversión fue desarrollado antes de la solicitud del contrato de estabilidad jurídica, de lo que se infiere que la inversión en la línea de transmisión de energía sería realizada por la sociedad, independientemente de que se suscribiera el contrato de estabilidad jurídica. De hecho, de acuerdo con el certificado allegado por el Departamento Nacional de Planeación, el proyecto tenía una ejecución del 91%, lo que ratifica que la falta de estabilidad jurídica no fue óbice para realizar la inversión.¹⁷

Además, si bien la ley permite que el proyecto de inversión inicie antes de la suscripción del contrato, no puede perderse de vista que también exige que la decisión de invertir o de ampliar la inversión sea determinante para solicitar la estabilidad jurídica, motivación que no se advierte en un proyecto de inversión que se encontraba en operación antes de la solicitud de estabilidad, en tanto que el beneficio del contrato de estabilidad jurídica fue establecido para quienes optaran por invertir motivados, precisamente, por la ley de estabilización. Lo anterior no se advierte en el caso analizado, en el que el contribuyente decidió la inversión sin considerar la estabilidad de las normas tributarias e incluso entró en operación en el segundo semestre del año 2005¹⁸.

Así, se concluye que la solicitud presentada no cumple el requisito de finalidad o motivación de la inversión y su relación de causalidad con la necesidad de estabilizar las normas objeto del contrato, lo cual quedó demostrado por el hecho que antes de presentar la solicitud de contrato, el proyecto de inversión ya había sido ejecutado, en su mayoría, y permite concluir que obtener la estabilidad en las normas no era un aspecto determinante para adelantar la inversión, aspecto que está contemplado como un requisito para la procedencia de la estabilidad jurídica en el artículo 1º de la Ley 963 de 2005¹⁹. No prospera el cargo.

La rentabilidad del proyecto está garantizada. En el acta que negó la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, el Comité precisó que tal negativa se debe *“al hecho que la rentabilidad del proyecto se encuentra garantizada de conformidad con*

¹⁷ En un caso similar, respecto al elemento motivacional exigido por la ley 963 de 2005, esta Corporación consideró lo siguiente: *“la materialidad de una inversión que representaba el 31.3% de todo el proyecto que se pretendía estabilizar, claramente no pertenece al ámbito normativo de la “Ley de estabilidad jurídica para los inversionistas” comoquiera que, al haber superado la etapa motivacional que precede a la inversión, no puede posteriormente aducirse como factor determinante aquello que en su momento no lo fue. En otras palabras, arrastrar la causa o motivo de una inversión ejecutada en 2008 y 2009 a un momento posterior para solicitar el contrato, no se corresponde con la fuerza misma de los acontecimientos, ni con el carácter determinante y previo del móvil que debía fundar la decisión inversionista.*

102. *Entonces, la inexistencia de un contrato de estabilidad jurídica no condicionó a Winner para avanzar en sus actividades de inversión, pues, según la información que registra la solicitud de contrato presentada el 17 de julio de 2009 (...) De suerte que la presencia de un contrato de estabilidad jurídica no se revela como factor determinante de las inversiones, esto es, como condición para su realización, y sí, por el contrario, se trató de un beneficio que tardamente intentó obtener el demandante respecto de inversiones ejecutadas que, en todo caso, habría de realizar. (...) 107. Por esta vía, la ausencia del factor motivacional en el inversionista obraba como criterio de razón suficiente para improbar la solicitud del actor, sin que el Comité tuviera que entrar a realizar otras consideraciones adicionales.”* Sección Tercera, Subsección “A” de esta Corporación, sentencia de 27 de agosto de 2021. Rad. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58927), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*



la regulación sectorial”.

La actora considera que la rentabilidad del proyecto no se encuentra garantizada, pues lo que existe es un ingreso anual esperado (IAE), que corresponde a un concepto distinto, pues se trata de un beneficio reconocido dentro de un proceso licitatorio realizado por la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME-, que no otorga certeza frente a la rentabilidad del proyecto.

Respecto a los riesgos regulatorios a que se exponen los inversionistas, el documento Conpes 3107 de 2001, en el título “*Lineamientos de Política de Riesgo Sectorial - Sector Energía-*”, señala que, para la mitigación de tales riesgos, “*cuando se adjudica la construcción y operación de un proyecto, se garantizan mediante una resolución los ingresos solicitados por el inversionista*”.

De acuerdo con el artículo 4 literal a) de la Resolución CREG N° 022 de 2001, los proponentes que hacen parte del plan de expansión del sistema de transmisión nacional, por medio de la ejecución de proyectos adjudicados por la UPME, “*ofrecerán un Ingreso Anual Esperado, en dólares constantes del 31 de diciembre del año anterior al año en el cual se efectúe la propuesta, para cada uno de los primeros veinticinco (25) años de entrada en operación del proyecto. Este ingreso deberá reflejar los costos asociados con la preconstrucción (incluyendo diseños, servidumbres, estudios y licencias ambientales) y construcción (incluyendo la interventoría de la obra y las obras que se requieran para la viabilidad ambiental del proyecto), el costo de oportunidad del capital invertido y los gastos de administración, operación y mantenimiento del equipo correspondiente.*” Lo anterior, con el fin de otorgar cierta seguridad al inversionista en aras de garantizar el funcionamiento y abastecimiento del sistema de energía eléctrica.

En este caso, por Resolución No 077 de 2005 la CREG determinó a favor de la demandante un ingreso anual esperado -IAE-, en razón del proyecto de adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento de la línea de transmisión a 230KV, circuito doble, Betania-Altamira-Mocoa-Pasto (Jamondino)-Frontera y obras asociadas, por los primeros 25 años, a partir del 1° de abril de 2007, por USD\$4.224.959 anuales.

Esa remuneración -IAE- no se limita a los primeros veinticinco (25) años, sino que a partir del año veintiséis (26) de la puesta en servicio del proyecto correspondiente, el transmisor continuará percibiendo un ingreso anual de acuerdo con la fórmula planteada en el numeral III del literal a) del artículo 4° de la Resolución CREG No. 022 de 2001.

De acuerdo con lo dispuesto por la CREG, el ingreso anual esperado refleja los costos, gastos administración, operación y mantenimiento del equipo correspondiente *en desarrollo de su actividad, en el contexto de las leyes y la reglamentación vigente*, lo que quiere decir que la garantía que otorga esa remuneración a la demandante, además de garantizar una rentabilidad -valor neto resultante de depurar costos y gasto-, mitiga la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del proyecto, y generen una variación sobre el resultado esperado, finalidad asociada con la suscripción los contratos de estabilidad jurídica.

En consecuencia, como se indicó en los actos demandados, la actora tiene una rentabilidad garantizada por la regulación del sector energético, que consiste en la



remuneración periódica que le reconoce la autoridad competente. No prospera el cargo.

La cuantía de la inversión representa el 1.6 % de los activos totales de la compañía. El Comité negó a la actora la suscripción del contrato de estabilidad jurídica con el argumento de que *“la cuantía de inversión representa apenas el 1.6% de los activos totales de la compañía para el año 2009 y el proyecto propuesto, relacionado con la transmisión de energía eléctrica, no tiene impacto real sobre la actividad que desarrolla la empresa”*

Para la apelante, los activos de los años 2007 a 2009 (año de la solicitud) de la Empresa de Energía de Bogotá, sin las inversiones que ésta posee en otras compañías dedicadas a actividades conexas del sector energético, se encuentran entre el 2% y el 7%. Agregó que el requisito del porcentaje de la inversión respecto a los activos totales de la compañía no está definido en la Ley 963 de 2005, pues el artículo 2° de dicha ley se limita a establecer un monto mínimo igual o superior a 150.000 UVT, respecto a las inversiones nuevas o que amplíen las existentes en el territorio nacional. En esa medida, indica que el requisito financiero que fue revisado en casos diferentes, de acuerdo con el acta 11 del Comité de 7 de septiembre de 2009, relativo a la participación de la inversión dentro de activos de la compañía, no eran aplicables a la solicitud presentada por la demandante teniendo en cuenta que la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica fue presentada el 24 de julio de 2009 y admitida el 13 de agosto de ese mismo año.

En el recurso de reposición contra el acta que improbió la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica, la actora aportó un cuadro del porcentaje de la inversión frente al promedio de activos de la empresa, en los tres (3) años anteriores a la fecha de la solicitud. En el gráfico se advierte que la actora comparó el porcentaje promedio de activos con y sin las inversiones que posee en otras compañías dedicadas a actividades conexas del sector energético, así:

“(…)

Año	Incluyendo inversiones en sociedades	Sin incluir inversiones en sociedades	Monto de las Inversiones
2007	8.151.783	1.986.869	142.996
2008	8.280.583	2.132.754	
2009	8.916.265	2.121.399	
Promedio	8.449.544	2.080.341	
Porcentaje de participación de las inversiones frente al nivel de activos	1.69%	6.87%	

*Cifras en millones de pesos

(…)”



Lo anterior pone en evidencia que la demandante admite que el porcentaje de la inversión pretendida frente al total de sus activos es de 1.6%. Sin embargo, para elevar ese porcentaje realizó el cálculo de los activos, excluyendo la participación de la empresa en compañías controladas y no controladas, método que resulta inconsistente, respecto la realidad financiera de la empresa, pues no se puede desconocer que las inversiones en sociedades conexas hacen parte del total de los activos de la compañía.

En esa medida, se considera razonable el análisis realizado por el Comité, en tanto no se acreditó que el proyecto presentado impactara significativamente la actividad de la compañía de forma que se justifique la suscripción del contrato de estabilidad jurídica. Por tanto, se desestima el cargo de apelación.

Ahora bien, el acta N° 11 de 2009 del Comité de Estabilidad Jurídica, que goza de presunción de legalidad, señaló lo siguiente:

“ El Comité de Estabilidad Jurídica, dando alcance a las decisiones que fueron aprobadas en la sesión extraordinaria del Comité de Estabilidad Jurídica realizado el día 06 de julio de 2009, las cuales constan en el Acta No. 08 de 2009, procede a acoger las instrucciones impartidas en relación a los nuevos criterios para la evaluación de las solicitudes de contratos de estabilidad jurídica, así:

a) Registro del contrato de estabilidad jurídica

El inversionista deberá registrar el contrato de estabilidad jurídica ante el Departamento Nacional de Planeación dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su suscripción, lo cual deberá consignarse en el texto del mismo.

b) Cobertura del beneficio de la estabilidad jurídica

El beneficio de la estabilidad jurídica derivado del contrato que se suscriba con la Nación podrá cubrir la totalidad de la actividad económica del inversionista, la inversión nueva o la ampliación de la existente. Para otorgar al inversionista la cobertura de toda su actividad, el Comité de Estabilidad Jurídica podrá tener en cuenta lo siguiente:

- A. La magnitud de los beneficios económicos y sociales asociados a la inversión.*
- B. El que tales beneficios y otros efectos esperados de la inversión objeto del contrato de estabilidad jurídica sean inseparables de los provenientes del resto de la actividad social.*

B. El tamaño relativo de la inversión frente a los activos del inversionista, tomando como base el promedio de los tres (3) años anteriores al de la presentación de la solicitud.

Si el Comité determina que los criterios mencionados no ameritan la cobertura total para la actividad social del inversionista, aprobará el beneficio de la estabilidad de las normas identificadas como determinantes de la inversión únicamente para el proyecto objeto del contrato, estableciendo en el mismo un mecanismo de control y auditoría que permita verificarlo.

c) Duración del contrato de estabilidad jurídica cuando se trata de ampliación de inversiones.

Para efectos de determinar la duración del contrato cuando se trate de ampliación de inversiones existentes que pretenden la cobertura de la totalidad de la actividad económica, el Comité de Estabilidad Jurídica tendrá en cuenta la participación



porcentual del monto de la inversión sobre los activos del inversionista, calculada sobre los últimos estados financieros que se encuentren aprobados a la fecha de presentación de la solicitud, como se establece en la siguiente tabla:

Participación del monto de inversión sobre los activos	Duración del contrato
75%-100%	20 años
50%-74,99%	15 años
25%-49,99%	10 años
0%-24,99%	5 años

(...)"

En este caso, en ejercicio de la facultad discrecional evaluadora, el Comité consideró que el tamaño relativo de la inversión, frente a los activos del inversionista -1.69%, no muestra una participación significativa de la actividad de transmisión de energía en su composición financiera y por tanto no cumplió el requisito en ese sentido.

De acuerdo con los criterios del acta N° 11 de 2009, teniendo en cuenta el porcentaje de participación del monto de inversión sobre los activos, la duración del contrato de estabilidad jurídica, podría ser de 5 años. Sin embargo, dado el porcentaje de ejecución del proyecto (91%) y la rentabilidad garantizada, no procede la aprobación del mismo. En lo pertinente, esta Corporación reitera que, verificada la ausencia del factor motivacional del inversionista, al encontrarse ejecutado el proyecto en un porcentaje superior al 90%, se imponía al Comité rechazar la solicitud sin más análisis.²⁰

Por último, la demandante no cuestionó de manera concreta el análisis y la conclusión del Tribunal acerca de que el Comité de Estabilidad Tributaria no violó el principio de igualdad ni el de la libre competencia, motivo por el cual no cabe pronunciamiento adicional sobre el particular.

A partir de lo expuesto anteriormente, dado que la sociedad presentó un proyecto de inversión que no cumplía con la demostración de la finalidad establecida en la Ley 963 de 2005, se concluye la legalidad de los actos administrativos acusados, razón por la cual no prospera el recurso de apelación. 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,

FALLA

1. ACEPTAR el impedimento manifestado por la Magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto. En consecuencia, queda separada del conocimiento del asunto.

²⁰ Sección Tercera, Subsección "A" de esta Corporación, sentencia de 27 de agosto de 2021. Rad. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58927), C.P. José Roberto Sáchica Méndez.



Radicado: 25000-23-37-000-2016-01573-01 (25429)
Demandante: EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A.
E.S.P.
FALLO

2. CONFIRMAR la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Presidenta

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)
WILSON RAMOS GIRÓN