

ACTOS PRECONTRACTUALES – Medio de control – Nulidad y restablecimiento del derecho

[...] la Sala evidencia que este proceso se adelantó en primera instancia y hasta este punto bajo la denominación de controversias contractuales. Sin embargo, según el inciso segundo del artículo 141 del CPACA, “los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”, esto es, mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, para este caso el medio de control adecuado es el de nulidad y restablecimiento del derecho y su oportunidad debe estudiarse en estos términos.

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Marco normativo – Fines

Los contratos de estabilidad jurídica fueron una figura incorporada en Colombia mediante la Ley 963 de 2005, con el fin de promover inversiones nuevas y 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 [...].

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA – CONPES – Elementos

[...] el CONPES 3366 de 2005 fijó los elementos técnicos que el Gobierno Nacional debía tomar en consideración para la evaluación de las solicitudes de contratos de estabilidad jurídica. Allí, entre otras, se determinó que la celebración y suscripción de estos contratos era competencia del Estado -a través del Comité de Estabilidad Jurídica-, y que su decisión de suscribirlo o no debía ser siempre motivada y pública.

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Objetivos

[...] Los contratos de estabilidad jurídica garantizarán el equilibrio entre el interés del inversionista que lo suscribe y el interés general. Preservarán la soberanía legislativa y regulatoria del Estado, evitarán el desorden administrativo, y salvaguardarán la sostenibilidad fiscal. [...].

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Comité de estabilidad jurídica – Discrecionalidad – Solicitudes

[...] la Ley 963 de 2005 y el CONPES 3366 del mismo año otorgaron al Comité de Estabilidad Jurídica un margen de discrecionalidad para aprobar las solicitudes de suscripción de este tipo de contratos. Sobre la discrecionalidad para la adopción de estas decisiones [...].

[...]

Así las cosas, correspondía al Comité de Estabilidad Jurídica estudiar, no solamente los criterios establecidos en la Ley 963 de 2005, sino además verificar que las solicitudes presentadas cumplieran con el marco jurídico general establecido para el efecto y los fines de la norma que autorizaba este tipo de contratos.

COMITÉ DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Reglamento

[...] el Decreto 2950 de 2005 reglamentó varios asuntos relacionados con la Ley 963 de 2005 y, específicamente, con el Comité de Estabilidad Jurídica.

[....]

En ejercicio de esta facultad, el Comité de Estabilidad Jurídica expidió su reglamento, contenido en la Resolución No. 01 del 16 de diciembre de 2005 y en la Resolución No. 02 del 20 de junio de 2008, que modifica la primera. Allí se fijó el procedimiento interno para el trámite de las solicitudes de contratos de estabilidad jurídica y se determinó la forma en la que se debían adoptar las decisiones.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01502-01 (57.861)

Actor: ZONA FRANCA CELSIA S.A. ESP

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO - DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: LEY 1437 DE 2011 – CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA: Régimen normativo y finalidad // COMITÉ DE ESTABILIDAD JURÍDICA: Margen de discrecionalidad y criterios para aprobar o improbar una solicitud de contrato de estabilidad. El inversionista debe acreditar que las normas a estabilizar son determinantes de la inversión // PRINCIPIO DE IGUALDAD: La parte demandante tiene la carga de probar y argumentar que su proyecto contaba con las mismas características de otros proyectos aprobados.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Zona Franca Celsia S.A. ESP, en contra de la sentencia del 7 de julio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A¹, por medio de la cual se negaron las pretensiones.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 19 de junio de 2013, Zona Franca Celsia S.A. ESP presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho², en contra de la Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Departamento Nacional de Planeación; el Ministerio de Minas y Energía y el

¹ Fls. 223 – 233, c. ppl.

² Si bien el actor presentó la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el auto admisorio de la demanda adecuó las pretensiones al medio de control de controversias contractuales por considerar que se trataba de pretensiones de naturaleza precontractual en contra de la Nación (Fls. 74 – 75, c.5). La Sala se referirá a este punto en el acápite de procedencia y oportunidad de la acción.



Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como miembros del Comité de Estabilidad Jurídica, con la pretensión de que se declarara la nulidad del numeral 4° del Acta No. 12 del 19 de octubre de 2011 y de la Resolución No. 025 del 21 de diciembre del mismo año, mediante las cuales se improbo la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica presentada por la demandante. Como restablecimiento del derecho, pretendió la aprobación y suscripción del contrato de estabilidad jurídica, así como el reconocimiento de los perjuicios causados por la no aprobación oportuna de la solicitud.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda:

Mediante demanda radicada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 19 de junio de 2013³, Zona Franca Celsia S.A. ESP -en adelante, Z.F. Celsia-, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA, se dirigió contra la Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Departamento Nacional de Planeación; el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como miembros del Comité de Estabilidad Jurídica (en adelante, el Comité), con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

A. Respetuosamente solicito al honorable Consejo de Estado, que como consecuencia de estar plenamente probada la ilegalidad de los actos acusados, se declare la nulidad total del numeral 4° del Acta No. 12 del 19 de octubre de 2011 proferida unánimemente por quienes asistieron al comité de estabilidad jurídica, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía (Anexo D), y de la resolución que resolvió el recurso de reposición No. 025 del 21 de diciembre de 2012 suscrita igualmente por unanimidad por los delegados al comité de estabilidad jurídica (...) a través de la cual se confirmó la decisión de improbar la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica presentado por Celsia (Anexo C).

B. Como restablecimiento del derecho solicito respetuosamente a su despacho que se sirva ordenar la aprobación de la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica presentada por Z.F. Celsia de conformidad con los términos de la Ley por un término de 15 años, contados a partir de la fecha en que debió haber sido resuelta la solicitud hecha en debida forma.

Asimismo como consecuencia de lo anterior solicito se ordene pagar el valor de la prima que Z.F. Celsia debería cancelar a la Nación por suscribir el contrato de estabilidad jurídica, y disponer el plazo para realizar el correspondiente pago, de acuerdo con el valor del proyecto y lo señalado por el artículo 5° de la Ley 963 de 2005.

³ Fls. 3 – 65, c5.



Adicionalmente solicito que se restablezca el derecho de mi representada con relación a los perjuicios que se causen durante el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ocasionados por la no aprobación de la solicitud del contrato de estabilidad jurídica, perjuicios que deberán cuantificarse a través de un incidente de conformidad con el artículo 135 del Código de Procedimiento Civil, y dentro de los cuales ha sido cuantificado a la fecha el valor pagado por concepto del mayor impuesto al patrimonio cancelado en exceso por la Compañía correspondiente a (\$12.946'685.000 MCTE), junto con los intereses a que hubiere lugar.

Así las cosas, teniendo en cuenta los excesos de pago que realice la compañía a futuro sobre normas cuya estabilización se solicitó, ruego se ordene a las entidades correspondientes, que devuelvan los dineros pagados en exceso con los intereses a que haya lugar.

No obstante, si este Despacho considera que la devolución no es el mecanismo, insto a su honorable Despacho que defina el mecanismo efectivo para ello, dando prelación al principio de esencia sobre la forma consagrado en el artículo 288 de la Constitución Política, con el propósito de obtener un restablecimiento del derecho efectivo para mi representada⁴.

1.1 Los fundamentos de hecho:

La parte actora sustentó sus pretensiones en los fundamentos fácticos que, en síntesis, se expresan a continuación:

1. El 15 de febrero de 2010, Z.F. Celsia⁵ radicó ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo una solicitud para la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, en virtud de la Ley 963 de 2005, con el fin de amparar la inversión para ampliar la planta de generación de energía de la empresa de servicios públicos. En la petición se solicitó la estabilización de normas relativas al régimen franco, aduanero y de comercio exterior, así como de normas relacionadas con el sector de energía, de inversión extranjera, tributarias, comerciales y de arbitraje internacional.
2. A pesar de que el literal f) del artículo 4° de la Ley 963 de 2005 establecía que el Comité de Estabilidad Jurídica⁶ debía analizar el cumplimiento de los requisitos y decidir sobre la procedencia o no de la solicitud dentro de los 4 meses siguientes a su radicación, este Comité sesionó el 19 de octubre de 2011, esto es, más de 20 meses después.

⁴ El 3 de diciembre de 2013 la parte demandante presentó una reforma a la demanda, sin modificar las pretensiones. Por lo tanto, se mantuvieron las plasmadas en la demanda original.

⁵ Antes se denominaba Termoflores S.A. ESP.

⁶ Conformado por representantes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, del Departamento Nacional de Planeación, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del ministerio del ramo en el que se proyectaba la inversión.



3. En dicha sesión, el Comité decidió improbar la solicitud de estabilidad jurídica presentada por la demandante, con fundamento en los siguientes argumentos:

- (i) Las compañías que invirtieron en el sector energía debían asumir los riesgos asociados a la ejecución y explotación de sus proyectos, dentro de los cuales se encontraba el riesgo de volatilidad de las normas.
- (ii) El régimen tarifario asociado al sector de energía garantizaba la rentabilidad de los inversionistas, por lo que las empresas en este campo tenían la certeza financiera de recuperar las inversiones realizadas.
- (iii) La mayoría de la inversión fue ejecutada antes de la solicitud de suscripción del contrato de estabilidad jurídica.

Esta decisión fue cristalizada en el numeral 4° del Acta No. 12 del 19 de octubre de 2011, la cual se notificó por edicto el 1 de febrero de 2012.

4. El 3 de febrero de este último año, Z.F. Celsia⁷ interpuso recurso de reposición, solicitó que se revocara la decisión del Comité y expuso, en síntesis, los siguientes argumentos: (i) la decisión vulneró el debido proceso, por haber sido adoptada por fuera del término legal estatuido para el efecto; (ii) la improbación de la solicitud no se fundamentó en las causales contenidas en la Ley 963 de 2005; (iii) se aplicó de manera indebida la Ley 143 de 1994, ya que la misma no tiene relación con las normas sobre estabilidad jurídica; (iv) transgresión del principio de buena fe, debido a que la norma no restringía la aplicación de la figura de estabilidad jurídica a empresas cuya actividad “no la requiriera”; (v) violación del principio de igualdad en tanto que a otras empresas del mismo sector se les otorgó la estabilidad jurídica, y (vi) la decisión desestimulaba la inversión y carecía de motivación.

5. El 18 de febrero de 2013, Z.F. Celsia fue notificada personalmente de la Resolución No. 025 del 21 de diciembre de 2012, mediante la cual se confirmó la decisión de improbar la solicitud de estabilidad jurídica. Los fundamentos de la decisión fueron los siguientes: (i) la extemporaneidad de la decisión, que al ser un proceso especial requería de al menos cuatro voluntades distintas, no despojaba al Comité de sus funciones, (ii) la promoción y el fomento de la inversión no era una función del Comité de Estabilidad Jurídica, (iii) las normas del sector energía garantizaban al inversionista su rentabilidad, (iv) el proyecto de Z.F. Celsia distaba notoriamente respecto de otros proyectos aprobados, y (v) la decisión fue adoptada con fundamento en las normas jurídicas aplicables y la información aportada por el

⁷ Para ese momento Colinversiones Zona Franca S.A.



inversionista, por lo que no se vulneró el principio de legalidad ni se generó una indebida motivación.

1.2 Los fundamentos de derecho:

El actor presentó como fundamentos de derecho, los siguientes:

1. Señaló que el Comité de Estabilidad Jurídica no se conformó según lo indicaba la Ley 963 de 2005⁸ y que sus miembros no contaban con la facultad discrecional para valorar aspectos diferentes a los asignados por la norma, por lo que la decisión se expidió con falta de competencia.

2. Argumentó que se vulneraron los principios de la buena fe, la lealtad procesal y la confianza legítima, por cuanto el Comité desconoció que el demandante había cumplido con todos los requisitos señalados por la norma para suscribir el contrato de estabilidad jurídica.

3. Agregó que los actos administrativos violaron los principios de igualdad, equidad e imparcialidad, debido a que el Comité aprobó otras solicitudes efectuadas por empresas del mismo sector sin demostrar las circunstancias que ameritaban un trato diferencial.

4. Refirió que la decisión se fundamentó en la indebida aplicación de disposiciones ajenas al régimen de estabilidad jurídica, que no era cierto que la recuperación de las inversiones se trasladara siempre al usuario final y que esta circunstancia lo excluyera de la posibilidad de acceder a la figura de estabilidad.

5. Finalmente, consideró que los actos adolecían de falsa motivación y que atentaban contra los principios de celeridad, economía y eficacia.

2. Actuaciones procesales de primera instancia:

A través del auto del 7 de octubre de 2013⁹, notificado por correo electrónico el 17 de octubre del mismo año, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, admitió la demanda, ordenó su notificación al representante

⁸ El artículo 4° de la Ley 963 de 2005 disponía que el Comité de estabilidad jurídica estaría conformado por los ministros correspondientes “o sus delegados”. El demandante arguyó que no existía en el expediente prueba alguna de la delegación en virtud de la cual los funcionarios que participaron en el Comité de Estabilidad Jurídica adquirieron la competencia para representar a los ministros y adoptar la decisión.

⁹ Fls. 178 – 190, c1.



legal de las entidades demandadas, al Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Asimismo, ordenó a las entidades involucradas allegar los antecedentes administrativos correspondientes.

2.1. Contestación de la demanda:

El 18 de diciembre de 2013, el Departamento Nacional de Planeación contestó la demanda¹⁰ y se opuso a sus pretensiones. Precisó que los inversionistas que presentaran una solicitud de estabilidad jurídica debían acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 963 de 2015, así como los definidos por el documento CONPES 3366 y los que al efecto fijara el Comité de Estabilidad Jurídica.

Adujo que el Comité tenía la potestad de estudiar las condiciones especiales de cada proyecto para decidir sobre la viabilidad o conveniencia de otorgar el beneficio, teniendo en cuenta la primacía del interés general sobre el particular y con observancia de las disposiciones normativas que considerara pertinentes.

En cuanto a las razones que sustentaron la decisión, precisó que las inversiones en infraestructura energética tenían un campo normativo determinado por la Ley 143 de 1994 y, por lo tanto, la solicitud debía analizarse bajo ese escenario. Asimismo, reiteró que el régimen tarifario asociado al sector energético garantizaba la recuperación de las inversiones, incluyendo aquellas correspondientes a expansión y mantenimiento, y que las compañías pertenecientes a este sector debían asumir los riesgos asociados a la ejecución de los proyectos. De este modo, argumentó que no era viable aprobar la solicitud, teniendo en cuenta que la figura de estabilidad jurídica tenía como finalidad promover las inversiones y garantizar las condiciones normativas determinantes de las mismas con el fin de que la fluctuación normativa no afectara la rentabilidad.

Manifestó que no se desconoció el principio de igualdad dado que las especificaciones de los proyectos aprobados para otras empresas del sector energético no se encontraban en una situación idéntica a la de la demandante y que el análisis de conveniencia se realizaba para cada caso concreto.

Agregó que el documento CONPES 3366 de 2005 disponía una discrecionalidad reglada para la evaluación de solicitudes de estabilidad jurídica supeditada a que el análisis de cada caso debía garantizar el equilibrio entre el interés del inversionista

¹⁰ Fls. 178 – 190, c1.



y el interés general, salvaguardando la sostenibilidad fiscal. Lo anterior con el fin de evitar la celebración indiscriminada de contratos de estabilidad jurídica y un impacto fiscal grave.

Finalmente, precisó que el Comité no tenía un ámbito restringido de análisis respecto de los criterios a utilizar en la evaluación y que los establecidos en la Ley 963 de 2005 no eran taxativos. Por el contrario, el Comité conservaba un margen de discrecionalidad para evaluar la viabilidad y conveniencia de firmar un contrato de estabilidad jurídica en cada caso particular. Este margen de discrecionalidad obligaba al Comité a motivar sus decisiones en el marco del respeto por el interés general y la sostenibilidad fiscal.

El 18 de diciembre de 2013, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda¹¹ y se opuso a sus pretensiones. Afirmó que la presentación de la solicitud de un contrato de estabilidad jurídica no otorgaba el derecho al solicitante de suscribirlo, sino que aquella debía estudiarse bajo las normas pertinentes.

Argumentó que la intención de la Ley 963 de 2005 era la de promover inversiones nuevas y ampliar las existentes en el territorio nacional, y que la solicitud de la demandante fue presentada cuando ya había ejecutado el 73.66%¹² de la inversión, por lo que se trataba de una inversión del giro ordinario de la actividad que realizaba la empresa, la cual no estaba motivada por el incentivo. En tal sentido, la solicitud de estabilidad jurídica debía realizarse con anterioridad a la materialización de las inversiones a efectos de identificar y estabilizar las normas tributarias determinantes.

Resaltó que las características de los proyectos de ISA S.A. y EPM E.S.P, frente a los cuales el demandante argumentó la violación del principio de igualdad, resultaban diferentes al caso de Z.F. Celsia, por lo que no se configuró la vulneración alegada.

El 13 de enero de 2014, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contestó la demanda¹³ y se opuso a sus pretensiones. Reiteró argumentos expuestos por el

¹¹ Fls. 191 – 211, c1.

¹² Aclaró que el demandante presentó solicitud para la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica por cuantía inicial de TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$395.999'156.571), de los cuales la inversión ejecutada al momento de presentar la solicitud para suscribir el contrato fue de DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$391.694'689.416), equivalente a un 73,66% de la inversión.

¹³ Fls. 212, 256, c1.



Departamento Nacional de Planeación y por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la competencia que tenía el Comité para evaluar la solicitud de estabilidad jurídica, acudiendo a disposiciones específicas del sector, al CONPES 3366 de 2005, a la ley del Plan Nacional de Desarrollo, al equilibrio entre el interés del inversionista y el interés general, a la finalidad de la Ley 963 de 2005, al régimen tarifario propio del sector energético que garantizaba la rentabilidad esperada de los inversionistas y a la no vulneración del principio de igualdad dado que los casos señalados por el demandante guardaban diferencias sustanciales con el suyo.

Finalmente, agregó que, si bien la decisión se tomó pasados los 4 meses señalados en la ley, esto no afectaba la competencia ni generaba alguna consecuencia frente a la validez de la decisión adoptada.

El 27 de enero de 2014, el Ministerio de Minas y Energía contestó la demanda¹⁴ y se opuso a sus pretensiones. Además de los argumentos ya expuestos por las demás entidades demandadas, agregó que el delegado del Ministerio de Minas y Energía estaba debidamente facultado para participar del Comité de Estabilidad Jurídica.

2.3. Reforma a la demanda y pronunciamiento de las demandadas:

Mediante escrito presentado el 6 de diciembre de 2013¹⁵, Z.F. Celsia reformó la demanda¹⁶, profundizó los argumentos iniciales y agregó pruebas relacionadas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 963 de 2005 para la suscripción del contrato de estabilidad jurídica, la importancia económica y social del proyecto de ampliación¹⁷ e incluyó una relación de casos en los cuales se aprobaron las solicitudes de contratos de estabilidad jurídica para reforzar su cargo de violación de los principios de igualdad y de imparcialidad.

¹⁴ Fls. 191 – 211, c1.

¹⁵ Fls. 85 – 177, c5.

¹⁶ La reforma no adicionó pretensiones. La demanda original y el auto admisorio fueron notificados a las entidades demandadas por correo electrónico el 17 de octubre de 2013. A partir del 18 de octubre y hasta el 25 de noviembre del mismo año, corrió el término de suspensión de 25 días dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 - vigente para ese momento-. Así, de acuerdo con el término de traslado para responder la demanda por parte de las entidades involucradas empezó a correr desde el 26 de noviembre de 2013. Por su parte, el término para presentar la reforma de la demanda -esto es, 10 días siguientes a su traslado según el artículo 173 del CPACA- transcurrieron desde el 26 de noviembre de 2013 hasta el 9 de diciembre del mismo año. De este modo, la reforma a la demanda fue presentada oportunamente el 6 de diciembre de 2013. Ver: Consejo de Estado, Sección Primera. Auto de unificación del 6 de septiembre de 2018, Radicación No. 11001-03-24-000-2017-00252-00, C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.

¹⁷ Los beneficios del proyecto los agrupó en las siguientes categorías: (i) generación de empleo, (ii) desarrollo para la región y compromiso social, (iii) educación ambiental y capacitación, (iv) salud, (v) recreación, cultura y formación integral, (vi) generación de economía de escala y desarrollo regional, (vii) generación de mayores tributos y (viii) estrategias para el mejoramiento del medio ambiente.



El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante auto del 19 de marzo de 2014¹⁸ admitió la reforma a la demanda y corrió traslado a las entidades demandadas por el término de 15 días.

El Departamento Nacional de Planeación¹⁹ y el Ministerio de Minas y Energía²⁰ se pronunciaron nuevamente frente a la reforma a la demanda el 22 y el 24 de abril de 2014, respectivamente. No se presentaron argumentos distintos a los ya relacionados en las contestaciones a la demanda inicial²¹.

3. La sentencia impugnada:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por medio de la sentencia del 7 de julio de 2016, resolvió negar las pretensiones de la demanda, no condenar en costas a la parte demandante porque no se encontraron causadas y demostradas, y fijar las agencias en derecho a favor de la parte demandada.

El *a quo* estimó que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si en el presente asunto se encontraban configurados los supuestos de (i) falta de competencia, (ii) violación al debido proceso, violación de los principios de buena fe, lealtad procesal y confianza legítima, indebida aplicación normativa, violación al principio de igualdad y falsa motivación²².

Frente a la falta de competencia, señaló que se encontraba debidamente demostrado que quienes adoptaron la decisión en control de legalidad contaban con el respectivo acto administrativo de delegación y que esta figura estaba cobijada por el artículo 9 de la Ley 489 de 1998.

Desarrolló el marco jurídico de los contratos de estabilidad jurídica²³, exponiendo sus finalidades: promover la confianza del inversionista, proveer estabilidad jurídica frente a las normas determinantes de las inversiones, estimular nuevas formas de inversión, y equilibrar los intereses de los inversionistas y el interés general. Agregó que el procedimiento administrativo para la suscripción de un contrato de estabilidad

¹⁸ Fls. 305 – 306, c1.

¹⁹ Fls. 307 – 314, c1.

²⁰ Fls. 315 – 321, c2.

²¹ La audiencia inicial se realizó el 23 de mayo de 2016 (Fls. 190 – 195, c5) y la de pruebas el 25 de mayo siguiente (fls. 196 – 199, c5).

²² Si bien se presentaron como causales independientes, el tribunal se pronunció frente a ellas de forma conjunta dado que se fundaron en argumentos jurídicos similares.

²³ Refirió la Ley 963 de 2005, el Decreto 2950 de 2005, la Resolución 01 del 16 de diciembre de 2006 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la sentencia C-320 de 2006.



jurídica tenía las siguientes etapas: (a) presentación de la solicitud, (b) admisión - en la que se verifican los requisitos formales-, (c) solicitud de informes técnicos y (d) evaluación y decisión.

En este contexto, se refirió a las demás causales de ilegalidad invocadas por el demandante²⁴ y expuso que la presentación de la solicitud del contrato no implicaba un derecho adquirido y que el cumplimiento de los requisitos formales no conllevaba *per se* a la aprobación del mismo, pues el Comité debía determinar si se cumplía con los fines establecidos por el legislador. En este sentido, el Comité debía tener en cuenta, no solo los informes técnicos, sino además los marcos normativos de cada actividad con el fin de determinar la procedibilidad de la suscripción del contrato de cara a la garantía del interés general. Igualmente, manifestó que el demandante se centró en argumentar que su propuesta cumplía con los requisitos formales, pero no presentó ninguna consideración tendiente a desvirtuar que sus inversiones se encontraban garantizadas con el régimen tarifario del sector.

Agregó que no se encontraba demostrado que el Comité hubiera retardado la decisión con el fin de que se expidiera la Ley 1450 de 2011 ni que esta fuera el fundamento de la decisión de negar el contrato de estabilidad, pues aquella decisión obedeció a un estudio de viabilidad del proyecto con relación al régimen propio del sector y a que su ejecución superaba el 70% para el momento de elevarse la solicitud. En ese sentido, la decisión era coherente con los principios y finalidades de la Ley 963 de 2005.

No obstante, precisó que el Comité podía aplicar la Ley 1450 de 2011 dado que el procedimiento administrativo no se regía solamente por las normas vigentes al momento del inicio de la actuación, sino por aquellas que se encontraran surtiendo efectos al momento de expedir el acto, teniendo en cuenta que la irretroactividad de la norma se predicaba únicamente sobre situaciones consolidadas.

Finalmente, se refirió al cargo de violación al principio de igualdad y concluyó que no existía un medio de prueba que demostrara su configuración, dado que el actor solamente realizó una comparación de solicitantes de contratos de estabilidad jurídica, sin demostrar que estas empresas se encontraban en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas que el demandante, es decir, que perteneciera al mismo sector energético, que el proyecto tuviera los mismos objetivos, alcance y finalidades, que la causal de rechazo de su solicitud haya sido causal de aprobación en los demás eventos, etc.

²⁴ Violación al debido proceso, violación a los principios de buena fe, lealtad procesal y confianza legítima, indebida aplicación normativa y falsa motivación.



4. Recurso de apelación:

El 27 de julio de 2016²⁵, Z.F. Celsia interpuso el recurso de apelación²⁶ en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que la misma fuera revocada, y que, en su lugar, se concedieran las pretensiones de la demanda.

Según el recurrente, en el expediente no existían pruebas de la delegación realizada por los miembros del Comité de Estabilidad Jurídica a los funcionarios que participaron de la decisión demandada, por lo que el tribunal vulneró su derecho al debido proceso al encontrar probada dicha situación sin el soporte documental correspondiente. Manifestó que la única prueba de la delegación fue allegada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 4 de septiembre de 2014 y que la misma no podía ser valorada debido a que fue extemporánea, pues no se aportó con la contestación de la demanda ni en el término de traslado de la reforma a la misma.

Argumentó que la empresa Z.F. Celsia no solamente acreditó el cumplimiento de los requisitos formales para acceder al contrato de estabilidad jurídica, sino que también probó la trascendencia económica del proyecto²⁷, de conformidad con lo establecido en los documentos CONPES 3366 y 3406 de 2005.

Reiteró que la Ley 1450 de 2011 -que definía como requisito para la suscripción del contrato de estabilidad jurídica que las inversiones se realizaran en proyectos que entraran en operación con posterioridad a la suscripción del contrato de estabilidad jurídica- no podía ser aplicada a su caso dado que la misma empezó a regir el 16 de junio de 2011, fecha posterior a la radicación de la solicitud del contrato.

Expuso que, en virtud de la Ley 153 de 1887, la norma sustancial aplicable a Z.F. Celsia debía ser la vigente al momento de presentar la solicitud, pues no era procedente exigirle a los sujetos el cumplimiento de un requisito que no se encontraba vigente al momento de iniciar el trámite. En ese sentido, manifestó no compartir las consideraciones del tribunal según las cuales el régimen jurídico aplicable a la decisión demandada era el vigente a la fecha de expedición del acto,

²⁵ La sentencia del *a quo* fue notificada el 12 de julio de 2016 a través de correo electrónico. Por lo tanto, el término para interponer el recurso de apelación se venció el 27 de julio del mismo año, fecha en la cual fue oportunamente presentado.

²⁶ Fls. 129 – 151, c. ppl.

²⁷ Factores como la generación de empleo (175 empleos directos y 105 empleos indirectos); desarrollo para la región; educación ambiental y capacitación; recreación, cultura y formación integral; generación de economía de escala; demanda de bienes y servicios nacionales; generación de mayores tributos; transferencia de tecnología y reconversión tecnológica y estrategias para el mejoramiento del medio ambiente.



y no el que se encontraba rigiendo a la fecha de presentarse la solicitud. Insistió en que la demora en la expedición de la decisión es prueba suficiente de la mala fe del Comité, que esperó a la expedición de la Ley 1450 de 2011 para aplicarla retroactivamente.

Con relación a la vulneración al principio de igualdad, mencionó tres casos en los cuales se había aprobado la suscripción del contrato de estabilidad jurídica a pesar de que se encontraban en ejecución: Compañía Nacional de Chocolates, Compañía de Galletas Noel y Bavaria S.A.²⁸. También hizo referencia a un contrato suscrito con la compañía Jerónimo Martins, cuya inversión inició previamente a la suscripción del contrato y solicitó a esta instancia evaluar la posibilidad de declarar pruebas de oficio relacionadas con este contrato²⁹.

Agregó que la aprobación de los proyectos presentados por las compañías ISA e ISAGEN en los años 2008 y 2010³⁰, relacionados en la demanda y que pertenecían al mismo sector que Z.F. Celsia, era prueba de la vulneración al principio de igualdad y que los contratos eran de público conocimiento en la página del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por lo que el tribunal podía consultarlos para una total convicción en su decisión. Manifestó que, al no haber consultado los contratos en la web de la entidad, ni haber decretado pruebas de oficio para aclarar este asunto, el tribunal actuó contrariando el activismo judicial.

Finalmente, cuestionó la fijación de agencias en derecho por considerar que estas se asimilan a las costas y que no se encontraban probadas en los términos de los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso. Asimismo, manifestó que no se encontró probada la mala fe o la temeridad de Z.F. Celsia, por lo que no era procedente la fijación de agencias en derecho.

5. Trámite en segunda instancia:

Por medio del auto del 8 de agosto de 2016³¹, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, concedió el recurso de apelación,

²⁸ En el escrito de apelación se relacionó un link de verificación en la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para estos tres casos: www.mincomercio.gov.co/minindustria/publicaciones.php?id=17145. Sin embargo, al ingresar al enlace, el navegador no arrojó resultados.

²⁹ Solicitó que se considerara la posibilidad de requerir oficiosamente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que remitiera copia del contrato suscrito con Jerónimo Martins, los informes de auditoría presentados y las inversiones realizadas en el marco de este contrato.

³⁰ Según el apelante, el proyecto de ISA consistió en la construcción, operación y mantenimiento de una red de transmisión de energía y el de ISAGEN tenía como objeto la construcción del proyecto hidroeléctrico de Sogamoso.

³¹ Fl. 266, c. ppl.



y ordenó remitir el expediente a esta Corporación para decidir sobre su admisibilidad.

En proveído del 29 de septiembre de 2016³², se admitió el recurso de apelación. Por medio de auto del 27 de octubre del mismo año³³ se corrió traslado a las partes, por el término común de 10 días, para que presentaran sus alegaciones finales. Vencido este término, se dio traslado al Ministerio Público por 10 días con el fin de que rindiera su concepto³⁴.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo³⁵, el Departamento Nacional de Planeación³⁶, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público³⁷ y el Ministerio de Minas y Energía³⁸ presentaron sus alegaciones finales, ratificándose en la totalidad de los argumentos que sustentaron las contestaciones de la demanda.

Por su parte, Z.F. Celsia allegó sus alegatos de conclusión el 22 de noviembre de 2016³⁹, reiterando los argumentos del escrito de apelación.

El Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia del Consejo de Estado:

Le asiste competencia a la Sala para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), aplicable a este proceso, establece que el Consejo de Estado “(...) conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación (...)”.

Adicionalmente, la Sala conoce del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de primer grado, dado

³² Fls. 281 – 282, c. ppl.

³³ Fls. 284 – 285 c. ppl.

³⁴ El término para que las partes presentaran alegatos de conclusión transcurrió entre el 8 y el 22 de noviembre de 2016, y el término para que el Ministerio Público conceptuara corrió del 23 de noviembre al 6 de diciembre del mismo año.

³⁵ 11 de noviembre de 2016. Fls. 286 – 289, c. ppl.

³⁶ 16 de noviembre de 2016. Fls. 290 – 297, c. ppl.

³⁷ 21 de noviembre de 2016. Fls. 298 – 299, c. ppl.

³⁸ 22 de noviembre de 2016. Fls. 300 – 310, c. ppl.

³⁹ Fls. 311 – 315, c. ppl.



que la pretensión indemnizatoria se estimó en \$12.946'685.000, que corresponden al mayor valor pagado por concepto de impuesto al patrimonio, mientras que el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁴⁰ tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación era de \$176'850.000⁴¹.

2. Legitimación en la causa:

En el presente caso, Z.F. Celsia está legitimada en la causa por activa, toda vez que fue la empresa que solicitó la celebración del contrato de estabilidad jurídica.

Por su parte, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Departamento Nacional de Planeación; el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se encuentran legitimados por pasiva, en razón a que fueron los integrantes del Comité de Estabilidad Jurídica y, de manera conjunta, adoptaron la decisión de improbar la solicitud presentada por la demandante.

3. Procedencia y oportunidad del medio de control:

Al *sub júdice* le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de presentación de la demanda -19 de junio de 2013-, esto es, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el estatuto procesal civil, en los aspectos no contemplados en el primero (artículo 306 del CPACA).

Ahora bien, la Sala evidencia que este proceso se adelantó en primera instancia y hasta este punto bajo la denominación de controversias contractuales. Sin embargo, según el inciso segundo del artículo 141 del CPACA, *“los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”*, esto es, mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, para este caso el medio de control adecuado es el de nulidad y restablecimiento del derecho y su oportunidad debe estudiarse en estos términos.

⁴⁰ Sobre la corrección del medio de control, se hará referencia en el acápite de procedencia y oportunidad de la demanda.

⁴¹ 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el 2013, año en el que se presentó la demanda.



Así las cosas, el término para presentar la demanda, en virtud del literal c, numeral 2, del artículo 164 del CPACA, era de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto, según el caso.

La Sala observa que el Acta No. 12 del 19 de octubre de 2011 fue notificada a Z.F. Celsia el 1 de febrero de 2012⁴². La empresa presentó recurso de reposición frente a esta decisión, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 025 del 21 de diciembre de 2012, notificada el 18 de febrero de 2013⁴³. El 12 de junio de 2013, faltando 7 días para que operara la caducidad, Z.F. Celsia presentó la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Décima Judicial II para Asuntos Administrativos, lo cual suspendió los términos de caducidad hasta el 26 de agosto del mismo año⁴⁴, fecha en la que se expidió la constancia de no conciliación⁴⁵.

La demanda se presentó el 19 de junio de 2013⁴⁶, mientras se encontraban suspendidos los términos de caducidad, por lo que se evidencia que la misma fue oportuna.

4. Hechos probados y material probatorio relevante:

En el *sub-lite* se aportó el siguiente material probatorio, que resulta relevante para el estudio del caso.

⁴² Fl. 156, c4.

⁴³ Fl. 169, c5.

⁴⁴ En virtud del artículo 21 de la Ley 640 de 2001: *“La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.*

⁴⁵ Fls. 393 – 394, c5.

⁴⁶ Esta Corporación ha sostenido que, para agotar el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 del CPACA, solo se requiere que el demandante acredite que **radicó** la solicitud de conciliación extrajudicial. Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sección Primera. Auto del 18 de septiembre de 2014. Radicación No. 68001-23-33-000-2013-00412-01, C.P.: Guillermo Vargas Ayala, providencia en la cual se estableció: *“(...) De manera previa a la presentación de la demanda, el interesado debe solicitar ante el Ministerio Público que dicha audiencia se adelante. No le es exigible un resultado positivo o negativo, sino que tenga el ánimo conciliatorio, de modo que de llegarse a un acuerdo pueda evitarse un litigio futuro (...) En este sentido se pronunció la Corte Constitucional cuando efectuó el análisis de exequibilidad de la Ley 1285 de 2009 [Sentencia C-713 de 2008] (...) Precisamente la Corte Constitucional en la citada sentencia (...) **determina que el interesado en demandar al Estado debe allegar constancia que acredite que radicó la solicitud de conciliación extrajudicial dada la naturaleza consensual de dicho mecanismo** (negrilla fuera del texto original).*



4.1. El 15 de febrero de 2010, la sociedad Termoflores S.A. (hoy Z.F. Celsia) radicó ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo⁴⁷ una solicitud para la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica, en los términos de la Ley 963 de 2005, con el fin de amparar la inversión relacionada con el proyecto Flores IV, consistente en el cierre de dos ciclos simples (Flores II y Flores III) para formar un ciclo combinado, el cual permitiría aumentar la generación de combustible y aumentaría la capacidad de generación de la planta de Termoflores pasando de 441 MW a 610 MW en total⁴⁸.

4.2. De acuerdo con el certificado emitido por el revisor fiscal de Termoflores S.A.⁴⁹, para el momento de la solicitud del contrato de estabilidad jurídica se había ejecutado el 73,66% de la inversión, correspondiente a DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECISÉIS PESOS M/L (\$291.694'689.416) de una inversión total de TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/L (\$395.999'156.571).

4.3. El 27 de abril de 2010, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le comunicó a la empresa Termoflores que reunía los requisitos para dar trámite a su solicitud y que se requerirían los conceptos necesarios a fin de elaborar el informe técnico de evaluación con destino al Comité de Estabilidad Jurídica, de conformidad con el procedimiento establecido en el Decreto 2590 de 2005⁵⁰.

4.4. El 5 de octubre de 2011 la sociedad Termoflores informó a la Secretaría Técnica del Comité su cambio de denominación social para actualizar la solicitud con el nombre de Colinversiones ZF S.A. E.S.P⁵¹.

4.5. El 19 de octubre de 2011⁵², el Comité de Estabilidad Jurídica se reunió con el fin de estudiar, entre otras, la solicitud realizada por la empresa Colinversiones ZF S.A. E.S.P. Las conclusiones y decisiones de esta reunión fueron plasmadas en el Acta No. 12 de esa misma fecha⁵³.

⁴⁷ En la Secretaría Técnica del Comité de Estabilidad Jurídica, según el artículo 2° del Decreto 2950 de 2005.

⁴⁸ Fls 71 – 147, c2.

⁴⁹ Fl. 110, c4.

⁵⁰ Fl. 79, c4.

⁵¹ Fls. 111 – 112, c4.

⁵² Luego de haber surtido el trámite de solicitud de conceptos técnicos, actualización de información financiera y fijación de la prima correspondiente.

⁵³ Fls. 113 – 120, c4.



4.6. Los miembros asistentes al Comité, con las respectivas delegaciones, fueron:

| Nombre | Cargo | Entidad | Acto de delegación |
|--------------------------|--|--|---|
| Carlos A. de Hart P. | Viceministro de Desarrollo Empresarial - Presidente del Comité | Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. | Resolución 0764 del 27 de abril de 2007 ⁵⁴ . |
| Fernando Estupiñán | Subdirector de Política Industrial y Comercial | Departamento Nacional de Planeación | Resolución 1826 del 21 de septiembre de 2011 ⁵⁵ . |
| Oscar Enrique Guzmán S. | Asesor Técnico Viceministro | Ministerio de Hacienda y Crédito Público | No se evidencia acto de delegación en el expediente. |
| Sonia Patricia Zabala G. | Asesora Despacho Ministro de Minas y Energía | Ministerio de Minas y Energía | Artículo 5° de la Resolución No. 18 1939 del 14 de octubre de 2010 ⁵⁶ y Resolución No 18 1556 del 23 de septiembre de 2011 ⁵⁷ . |

4.7. Respecto a la solicitud presentada por Colinversiones ZF S.A. E.S.P, el Comité de estabilidad concluyó lo siguiente:

Así las cosas, la prestación de los servicios públicos es una actividad regulada y protegida por un régimen normativo que minimiza los riesgos de los prestadores y garantiza la recuperación de los costos en una gestión eficiente, así como la rentabilidad esperada en un mercado de similares riesgos.

También es pertinente resaltar que el carácter determinante de las normas a estabilizar atiende a la incidencia de dichas disposiciones sobre cada proyecto de inversión y al hecho de que éstas sean consideradas con anterioridad a su materialización. De este modo, puede decirse que aquellos proyectos que fueron concebidos y desarrollados sin tener en cuenta la estabilidad jurídica, por cuanto gran parte de la inversión se encontraba ejecutada íntegramente y por lo tanto, el componente primordial del beneficio de la estabilidad se desvirtúa, pues la justificación de las normas solicitadas atiende a criterios de optimización y no a los establecidos por el Documento Conpes 3366 de 2005 que dispone que 'El Comité estudiará el análisis de sensibilidad que para el efecto presentará el inversionista solicitante en el cual demuestra la importancia y el carácter determinado de la norma objeto de la solicitud de estabilidad jurídica sobre la decisión de inversión' (el subrayado hace parte del texto original).

Ahora bien, en el caso objeto de examen se observa que la solicitud fue radicada el 15 de febrero de 2010 y para finales de 2009 había ejecutado el 73.66% de la inversión (...) razón por la que puede concluirse que la misma se encuentra enmarcada dentro de la premisa señalada en el párrafo anterior.

Con base en los argumentos anteriormente expuestos (...) el Comité decidió improbar la suscripción del contrato de estabilidad jurídica con COLINVERSIONES ZF S.A. ESP (Antes Termoflores S.A. ESP).

⁵⁴ Fl. 333, c1.

⁵⁵ Fl. 331, c1.

⁵⁶ Fls. 267 – 269, c1.

⁵⁷ Fl. 271, c1.



4.8. Esta decisión fue notificada a Colinversiones ZF S.A. (hoy Z.F. Celsia) el 1 de febrero de 2012⁵⁸. La empresa presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera desfavorable mediante Resolución No. 025 de 2012, notificada el 18 de febrero de 2013, en la cual se reiteraron los argumentos expuestos en el Acta 012 del 19 de octubre de 2011⁵⁹.

4.9. La empresa Termoflores S.A. cambió su razón social a Colinversiones ZF S.A. y cambió su domicilio a la ciudad de Barranquilla mediante escritura pública 3.176 del 31 de agosto de 2011 otorgada en la Notaría 20A de Medellín. Posteriormente, cambió su razón social a Zona Franca Celsia S.A. E.S.P. mediante escritura pública 1.143 del 17 de abril de 2012 otorgada en la Notaría 20A de Medellín e inscrita en la Cámara de Comercio de Barranquilla el 20 de abril del mismo año⁶⁰.

5. Problema jurídico:

Le corresponde a la Sala determinar si (i) la decisión de improbar la solicitud de contrato de estabilidad jurídica presentada por Z.F. Celsia para amparar la inversión relacionada con el proyecto Flores IV se encuentra viciada de nulidad por los cargos de falta de competencia, falsa motivación⁶¹ o desconocimiento del principio de igualdad, y (ii) si era procedente la fijación de agencias en derecho realizada en primera instancia. Para ello, se abordará -en primer lugar- el marco normativo de los contratos de estabilidad jurídica y, posteriormente, se estudiarán los cargos formulados por el demandante.

5.1. Marco normativo de los contratos de estabilidad jurídica⁶²:

Los contratos de estabilidad jurídica fueron una figura incorporada en Colombia mediante la Ley 963 de 2005, con el fin de promover inversiones nuevas y ampliar

⁵⁸ Fl. 156, c4.

⁵⁹ Fl. 169, c1.

⁶⁰ Fls. 66 – 69, c2.

⁶¹ Se aclara que los argumentos relacionados con la acreditación de los requisitos y la trascendencia económica del proyecto para acceder al contrato, así como la supuesta aplicación retroactiva de la Ley 1450 de 2011 se tratarán bajo el cargo de falsa motivación.

⁶² Marco jurídico vigente al momento de la presentación de la solicitud. Es decir, se omiten las disposiciones incorporadas por la Ley 1450 de 2011, que empezó a regir el 16 de junio del mismo año, pues estas no fueron relacionadas como sustento de la decisión del Comité de Estabilidad Jurídica y pueden dar lugar a confusión en los argumentos que se desarrollarán en acápites posteriores.



las existentes en el territorio nacional⁶³. El inciso 2 del artículo 1° de la precitada norma los definía así:

*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 (negrilla fuera del texto original).*

Para acceder a la suscripción de estos contratos, el interesado debía presentar una solicitud que pasaba por dos etapas: (i) el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 4° de la Ley 963 de 2005 y (ii) el estudio por parte de un Comité de Estabilidad Jurídica, que debía aprobar o improbar la solicitud de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo y el CONPES que para el efecto se expediera.

Este Comité estaba conformado por los siguientes miembros:

Ley 963 de 2005. Artículo 4° (...) 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. Este Comité estará conformado por:

- *El Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.*
- *El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado.*
- *El Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, o su delegado.*
- *El Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado.*
- *El Director de la entidad autónoma, o su delegado, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.*

Por su parte, el CONPES 3366 de 2005 fijó los elementos técnicos que el Gobierno Nacional debía tomar en consideración para la evaluación de las solicitudes de contratos de estabilidad jurídica. Allí, entre otras, se determinó que la celebración y suscripción de estos contratos era competencia del Estado -a través del Comité de Estabilidad Jurídica-, y que su decisión de suscribirlo o no debía ser siempre motivada y pública.

⁶³ La posibilidad de presentar solicitudes de contratos de estabilidad jurídica estuvo vigente hasta el 26 de diciembre de 2012, fecha en la que se promulgó la Ley 1607 de ese año, que en su artículo 166 derogó la Ley 963 de 2005. Allí se precisó que los contratos en ejecución y las solicitudes presentadas con anterioridad a la expedición de la Ley 1607 de 2012 continuarían su curso y se seguirían rigiendo por las disposiciones de la norma derogada, hasta la liquidación del último contrato de estabilidad jurídica.



Asimismo, el CONPES precitado fijó unos principios generales y unos criterios específicos para la evaluación de los contratos de estabilidad jurídica. Dentro de los principios generales, se incluyeron los siguientes:

Los contratos de estabilidad jurídica garantizarán el equilibrio entre el interés del inversionista que lo suscribe y el interés general. Preservarán la soberanía legislativa y regulatoria del Estado, evitarán el desorden administrativo, y salvaguardarán la sostenibilidad fiscal (...)

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 (negrilla fuera del texto original).

En ese sentido, la Ley 963 de 2005 y el CONPES 3366 del mismo año otorgaron al Comité de Estabilidad Jurídica un margen de discrecionalidad⁶⁴ para aprobar las solicitudes de suscripción de este tipo de contratos. Sobre la discrecionalidad para la adopción de estas decisiones, esta Subsección se ha pronunciado en los siguientes términos:

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) los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo, 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 ofrecida⁶⁵ (negrilla fuera del texto original).

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de agosto de 2021. Radicación No. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58.927), C.P: José Roberto Sáchica Méndez. En esta providencia se precisó que la facultad otorgada al Comité de Estabilidad Jurídica para decidir sobre las solicitudes presentadas por los inversionistas se trataba de una facultad discrecional y no reglada: “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**” (negrilla fuera del texto original).

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de agosto de 2021. Radicación No. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58.927), C.P: José Roberto Sáchica Méndez. Reiterada en Consejo de



Así las cosas, correspondía al Comité de Estabilidad Jurídica estudiar, no solamente los criterios establecidos en la Ley 963 de 2005, sino además verificar que las solicitudes presentadas cumplieran con el marco jurídico general establecido para el efecto y los fines de la norma que autorizaba este tipo de contratos.

Para ello, el Decreto 2950 de 2005 reglamentó varios asuntos relacionados con la Ley 963 de 2005 y, específicamente, con el Comité de Estabilidad Jurídica. Así, en su artículo 1° definió:

“Artículo 1°. Comité de Estabilidad Jurídica. Es el Comité previsto en el literal b) del artículo 4° de la Ley 963 de 2005, el cual deberá expedir su propio reglamento”.

En ejercicio de esta facultad, el Comité de Estabilidad Jurídica expidió su reglamento, contenido en la Resolución No. 01 del 16 de diciembre de 2005 y en la Resolución No. 02 del 20 de junio de 2008, que modifica la primera. Allí se fijó el procedimiento interno para el trámite de las solicitudes de contratos de estabilidad jurídica y se determinó la forma en la que se debían adoptar las decisiones.

Frente a este último punto, el artículo 2° de la Resolución No. 02 del 20 de junio de 2008, que modificó el artículo 5° de la Resolución No. 01 del 16 de diciembre de 2005, estableció lo siguiente:

Artículo 2°. Modifícase el artículo 5° de la Resolución número 01 de 2005, expedida por el Comité de Estabilidad Jurídica, el cual quedará así:

*“Artículo 5°. **Quórum y decisiones. En las reuniones ordinarias, el Comité de Estabilidad Jurídica podrá deliberar con dos (2) de los siguientes miembros: Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Nacional de Planeación o sus delegados. Cuando sea del caso, el quórum deliberatorio se adicionará con el Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión o su delegado y con el Director de la entidad autónoma o su delegado cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades. Las decisiones se adoptarán con la mayoría absoluta de los miembros asistentes a las mismas.***

Las deliberaciones en las reuniones extraordinarias deberán contar con la presencia de la totalidad de los miembros del Comité de Estabilidad Jurídica establecidos en el literal b) del artículo 4° de la Ley 963 de 2005. Las decisiones se adoptarán por mayoría absoluta (...)” (negrilla fuera del texto original).

En estos términos se deja sentado el marco general de los contratos de estabilidad jurídica vigente al momento de presentarse la solicitud de Z.F. Celsia, por lo que la Sala procederá a estudiar los cargos de nulidad elevados por la demandante.



5.2. Análisis de los cargos de nulidad:

La parte demandante manifestó su desacuerdo frente a los argumentos expuestos por el *a quo* en relación con los cargos de (i) falta de competencia, (ii) falsa motivación y (iii) violación del principio de igualdad.

5.2.1. Falta de competencia:

El demandante cuestionó que el tribunal concluyera que los asistentes al Comité se encontraban debidamente delegados por los ministros que lo integraban, sin referir el correspondiente sustento probatorio. Argumentó que la única entidad que aportó la delegación fue el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 4 de septiembre de 2014, y que esta no podía ser valorada por haberse entregado por fuera del término de la contestación de la demanda, por lo que insistió en que el acto fue expedido sin competencia.

Como se relacionó en el hecho probado 4.6., el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Minas y Energía allegaron en debida forma los actos de delegación en los funcionarios que asistieron al Comité de Estabilidad Jurídica, mientras que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no acreditó dicha delegación:

| Nombre | Cargo | Entidad | Acto de delegación |
|--------------------------|--|---|---|
| Carlos A. de Hart P. | Viceministro de Desarrollo Empresarial - Presidente del Comité | Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. | Resolución 0764 del 27 de abril de 2007 ⁶⁶ . |
| Fernando Estupiñán | Subdirector de Política Industrial y Comercial | Departamento Nacional de Planeación | Resolución 1826 del 21 de septiembre de 2011 ⁶⁷ . |
| Oscar Enrique Guzmán S. | Asesor Técnico Viceministro | Ministerio de Hacienda y Crédito Público | No se evidencia acto de delegación en el expediente. |
| Sonia Patricia Zabala G. | Asesora Despacho Ministro de Minas y Energía | Ministerio de Minas y Energía - ramo en el que se realiza la inversión. | Artículo 5° de la Resolución No. 18 1939 del 14 de octubre de 2010 ⁶⁸ y Resolución No 18 1556 del 23 de septiembre de 2011 ⁶⁹ . |

⁶⁶ Fl. 333, c1.

⁶⁷ Fl. 331, c1.

⁶⁸ Fls. 267 – 269, c1.

⁶⁹ Fl. 271, c1.



De acuerdo con el artículo 2° de la Resolución No. 02 del 20 de junio de 2008, el *quórum* para deliberar y decidir en las reuniones ordinarias⁷⁰ del Comité de Estabilidad Jurídica se entendía conformado por dos de los miembros permanentes o sus delegados y se adicionaba con el Ministro del ramo en el que se estuviera proyectando la inversión, o su delegado.

La Sala observa que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no aportó el acto de delegación del funcionario que participó la decisión demandada. Sin embargo, esta situación no representa un vicio ni afecta la validez de la decisión, dado que aun sin la presencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el *quórum* para deliberar y decidir se conformó como corresponde.

En ese sentido, en el proceso se acreditaron los actos de delegación de dos miembros permanentes del Comité -esto es, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación-, así como el del Ministerio de Minas y Energía -ramo en el que se proyectaba la inversión-, dando cumplimiento al reglamento del Comité. Adicionalmente, la decisión fue tomada por unanimidad, según se desprende del Acta No. 012 del 19 de octubre de 2011⁷¹.

Por otra parte, frente a la oportunidad para aportar los actos de delegación, estos fueron remitidos por el Ministerio de Minas y Energía el 27 de enero de 2014, con la contestación de la demanda, y por las demás entidades tras el requerimiento realizado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, mediante auto del 21 de junio de 2014⁷², y en los términos del artículo 175 del CPACA, ordenó que se aportaran los antecedentes administrativos relativos al proceso⁷³.

El Departamento Nacional de Planeación dio respuesta al requerimiento el 9 de julio de 2014 y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 4 de septiembre del mismo año, antes de la audiencia inicial llevada a cabo el 23 de mayo de 2016⁷⁴. En esta diligencia, se decretaron como pruebas todos los antecedentes administrativos aportados por los demandados, lo cual no fue controvertido por la parte demandante durante el proceso, pues tanto en los alegatos de conclusión

⁷⁰ En el acta No. 012 del 19 de octubre de 2011 no se manifestó que se tratara de una reunión extraordinaria y el demandante no cuestionó este aspecto.

⁷¹ Fl. 120, c4.

⁷² Fls. 324 – 326, c5.

⁷³ Artículo 175. “**PARÁGRAFO 1o.** Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder. (...) La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto”.

⁷⁴ Fls. 190 –195, c5.



como en la apelación solamente se indicó que los actos de delegación no habían sido allegados, cuestión que ya ha sido dilucidada por la Sala.

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se evidencia que la decisión de improbar el contrato de estabilidad jurídica para el proyecto Flores IV presentado por Z.F. Celsia fue adoptada por funcionarios debidamente delegados por los integrantes del Comité, y que estos actos de delegación fueron aportados como parte de los antecedentes administrativos objeto del proceso. En consecuencia, el cargo de nulidad por falta de competencia no prospera.

5.2.2. Falsa motivación:

En segundo lugar, el demandante no compartió lo decidido en primera instancia frente al cargo de falsa motivación, porque, contrario a lo indicado por el tribunal, Z.F. Celsia no solo acreditó los requisitos formales para acceder al contrato de estabilidad jurídica, sino que también demostró la trascendencia económica y social del proyecto, por lo que se debió acceder a su solicitud. De igual forma, reiteró que el Comité no podía aplicar la Ley 1450 de 2011 -que definía como requisito para la suscripción del contrato de estabilidad jurídica que las inversiones se realizaran en proyectos que entraran en operación con posterioridad a la suscripción del contrato-, dado que no se encontraba vigente al momento de presentar la solicitud, y que el tiempo transcurrido entre esta y la decisión final evidenciaban la mala fe y la intención del Comité por esperar la expedición de tal normativa, con el propósito de descartar el trámite del actor.

Para empezar, es pertinente aclarar que el demandante parte de una afirmación errónea para sustentar el cargo relacionado con la aplicación de la Ley 1450 de 2011. Ciertamente, del material probatorio obrante en el proceso, se colige que el Comité no tuvo en consideración dicha norma, por lo que la supuesta mala fe en la aplicación de la Ley 1450 de 2011 constituye una simple conjetura del demandante, de la cual no existe ninguna prueba⁷⁵. En tal sentido, se desestimaré este argumento elevado por Z.F. Celsia.

⁷⁵ Sin perjuicio de esto, la Sala en anteriores oportunidades ha concluido que, incluso en vigencia de la Ley 963 de 2005, la presentación de solicitudes de contratos de estabilidad jurídica para inversiones con una avanzada ejecución no se compaginaba con las finalidades de dicha norma: *“Esta Corporación, al resolver controversias relacionadas con los contratos de estabilidad, ha considerado que el hecho de que su suscripción se pida respecto de proyectos en ejecución, que cuenten con un estado avanzado de realización y/o que ya están cerca de concluir, ‘no resulta coherente con la protección y viabilidad otorgada por el legislador a los contratos de estabilidad jurídica’, pues la motivación que impulsa la existencia de ese acuerdo es fomentar el crecimiento económico con inversiones nuevas o la ampliación de las existentes, lo que no sucede si aquellas son pasadas y están ad portas de finalizar”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1 de diciembre de 2023, Radicación No. 25000-23-36-000-2015-02409-02 (69.585), C.P.: Nicolás Yepes Corrales (E).



Ahora bien, la Sala observa que el Comité tampoco negó en su decisión la trascendencia económica y social del proyecto, por lo que esto no será objeto de este pronunciamiento. La motivación de la decisión tomada por el Comité se fundamentó en que el proyecto no cumplía con la finalidad establecida en la Ley 963 de 2005, por dos razones: (i) la ejecución del proyecto ya se encontraba en un 73,66%, evidenciando que la inversión no fue determinada o motivada por la norma, sino que fue realizada por Z.F. Celsia asumiendo los riesgos inherentes a la misma y (ii) que el régimen tarifario del sector previsto en las leyes 142 y 143 de 1994 garantizaba la recuperación de las inversiones realizadas en este sector.

Frente a la primera razón expuesta por el Comité, de conformidad con el marco jurídico expuesto en el acápite anterior, es claro que la finalidad de los contratos de estabilidad jurídica era proteger las inversiones en el país y garantizar 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**”*⁷⁶.

Al respecto, la Sala se pronunció en un caso similar sobre la importancia del elemento motivacional como condición fundamental de la propuesta de inversión, señalando que el carácter determinante de las normas era lo que permitía al inversionista tomar la decisión de ejecutar o no el proyecto. En tal sentido, la no acreditación de este elemento es razón suficiente para improbar la celebración de un contrato de estabilidad jurídica:

115. En este orden de ideas, habiendo presentado el actor un proyecto de inversión que no cumplía con la demostración de la finalidad establecida como supuesto del contrato, esta circunstancia se constituye en criterio de razón suficiente para que el Comité de Estabilidad Jurídica improbara la solicitud del actor, se insiste, sin necesidad de profundizar en ningún otro aspecto de la misma.

*116. Como efecto de lo anterior, igualmente basta a la Sala constatar **la inexistencia del elemento motivacional en la petición de contrato elevada por el actor, para que, al margen de los demás criterios de su solicitud – incluidos los beneficios económicos presentados, el tipo de contrato de que se trate, el número de empleos a generar, entre los demás factores de revisión– se evidencie que tal propuesta estaba por fuera del ámbito de aplicación de la Ley 963 de 2005, lo que hace improcedente el estudio de los demás cargos formulados pues dicha petición, ab initio, no podía entenderse como una intención concordante con los fines de la ley de estabilidad jurídica, sino extraña a ella***⁷⁷ (negrilla fuera del texto original).

⁷⁶ Artículo 1º, Ley 963 de 2005.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de agosto de 2021. Radicación No. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58927), C.P: José Roberto SÁCHICA Méndez.



Para el caso de la empresa Z.F. Celsia, la Sala observa que se presentó la solicitud de contrato de estabilidad jurídica el 15 de febrero de 2010. Al finalizar el año 2009, ya se encontraba ejecutado el 73,66% de la inversión, esto es, \$291.694'689.416, de un total de \$395.999'156.571, valores que fueron certificados por el revisor fiscal de la empresa⁷⁸.

Esto permite concluir que la inversión se encontraba lo suficientemente avanzada y, por lo tanto, la empresa tomó la decisión de realizarla asumiendo los riesgos que esta conllevaba con independencia de la suscripción de un contrato de estabilidad jurídica. Esta posición fue asumida por la Sala en un proceso anterior, que resulta de suma relevancia para el análisis de este caso, en el que una empresa presentó la solicitud de contrato de estabilidad jurídica con una inversión ejecutada del 31%⁷⁹. Allí, concluyó 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** (negrilla fuera del texto original).*

Retomando dicha posición, la Sala considera que la presentación de solicitud de estabilidad jurídica para una inversión que se ha ejecutado en un 73,66% resulta ajena a las finalidades de la Ley 963 de 2005 y, por lo tanto, la decisión del Comité de negar la solicitud resulta razonable y ajustada a la norma.

Adicional a la avanzada ejecución de la inversión, Z.F. Celsia expuso en la solicitud de contrato de estabilidad jurídica las normas tributarias, del sector eléctrico, aduaneras, entre otras que, a su criterio, habían sido determinantes para la inversión del proyecto Flores IV. Manifestó además que, si se llegaran a presentar cambios normativos en estos ámbitos, *“se afectaría el proyecto y por ende las razones que llevaron a los inversionistas a desarrollar el proyecto Flores IV”*⁸⁰ y que por lo tanto el contrato de estabilidad jurídica era fundamental para el proyecto.

Al respecto, la Sala observa que la única pretensión económica de la parte demandante es el pago del mayor valor asumido por el impuesto al patrimonio. En

⁷⁸ Fl. 110, c4.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de agosto de 2021. Radicación No. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58927), C.P: José Roberto SÁCHICA Méndez.

⁸⁰ Fl. 25, c4.



la solicitud del contrato se pretendía la estabilización de normas relativas al impuesto al patrimonio para el año gravable 2011⁸¹. Dentro de estas disposiciones, se encontraban los artículos 292-1, 293-1 y 294-1 del Estatuto Tributario -Decreto Ley 624 de 1989-. Sin embargo, estas disposiciones fueron incorporadas al Estatuto Tributario mediante la Ley 1370 del **30 de diciembre de 2009**, momento para el cual ya se encontraba ejecutado el 73,66% del proyecto. Es decir, que esta norma no fue realmente determinante de la inversión, sino que fue expedida con posterioridad y el demandante pretendía estabilizarla, a pesar de no haber estado vigente cuando tomó la decisión de invertir.

Las consideraciones expuestas son suficientes para concluir que el demandante no probó el elemento motivacional para la celebración del contrato de estabilidad jurídica. Por el contrario, la avanzada ejecución de la inversión y la solicitud de estabilizar normas que no se encontraban vigentes al inicio del proyecto dan cuenta de que este no fue motivado por la figura creada en la Ley 963 de 2005, se llevó a cabo con independencia de la celebración de un contrato de estabilidad jurídica y no cumplía con las finalidades propuestas por la norma.

Ahora bien, con respecto al segundo fundamento de la decisión del Comité de Estabilidad Jurídica, el demandante no presentó ningún argumento en la demanda ni en la apelación tendiente a desvirtuar que el régimen tarifario del sector en el que realizó su inversión no garantizaba la recuperación de la misma, y que -por lo tanto- sí requería la suscripción del contrato de estabilidad jurídica. En ese sentido, no se acreditó ninguna irregularidad en este fundamento de la decisión del Comité.

Dado que el demandante no probó que el proyecto atendiera a las finalidades de la Ley 963 de 2005 y no desvirtuó que el régimen tarifario garantizaba su inversión y, en ese sentido, no requería el contrato de estabilidad jurídica solicitado, el cargo por falsa motivación no prospera.

5.2.3. Desconocimiento del principio de igualdad:

Como último cargo de nulidad de la decisión tomada por el Comité, el demandante alegó el desconocimiento del principio de igualdad por haberse aprobado otros proyectos que se encontraban en ejecución antes de la suscripción del contrato. Para ello, mencionó los casos de la Compañía Nacional de Chocolates, Compañía de Galletas Noel, Bavaria S.A.⁸² y Jerónimo Martins. Sobre este último, solicitó al

⁸¹ Fl. 46, c4.

⁸² En el escrito de apelación se relacionó un link de verificación en la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para estos tres casos:



despacho sustanciador decretar como prueba de oficio la copia del contrato, los informes de auditoría y los informes de ejecución del contrato de estabilidad jurídica.

Al respecto, la Sala observa que este argumento no fue presentado en la demanda inicial y que los casos de la Compañía Nacional de Chocolates, la Compañía de Galletas Noel y Jerónimo Martins solamente fueron incluidos en sede de apelación, por lo que, en virtud de la regla de congruencia⁸³, consagrada en el artículo 281 del Código General del Proceso, no serán estudiados en esta instancia.

Frente a los casos de Bavaria S.A., ISA, ISAGEN y EPM, la Sala evidencia que la demandante no aportó las solicitudes presentadas por estas compañías, las aprobaciones hechas por el Comité ni los respectivos contratos celebrados. Por este motivo, no es posible analizar si en efecto existió o no una vulneración del principio de igualdad, pues no se pueden comparar las situaciones y condiciones de estas sociedades con las de Z.F. Celsia.

Ahora bien, no son de recibo los argumentos elevados por la demandante en sede de apelación, según los cuales el juez de primera instancia podía buscar los documentos en la web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o decretarlos como prueba de oficio, pues esta es una tarea que le corresponde a la demandante, dado que la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos exige que quien alega un vicio tenga la carga de probar sus afirmaciones. En tal sentido, no se trata solamente de mencionar que otras empresas del mismo sector con proyectos de trascendencia económica y social similar al presentado por Z.F. Celsia fueron suscritos, sino que además la demandante debía aportar la documentación que soportara sus afirmaciones y hacer una comparación seria de las solicitudes, las normas aplicables y los argumentos brindados en uno u otro caso con el fin de poder dilucidar si efectivamente la decisión desconocía el principio de igualdad⁸⁴.

www.mincomercio.gov.co/minindustria/publicaciones.php?id=17145. Sin embargo, al ingresar al enlace, el navegador no arrojó resultados.

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 20 de noviembre de 2023. Radicación No. 25000-23-36-000-2013-01657-02 (59.414), C.P: María Adriana Marín: “(...) *debe recordarse que el juez de segunda instancia debe tomar la decisión de forma congruente con la demanda, la sentencia y el recurso; en tal sentido, no puede abordar materias que se señalan en la apelación, que correspondan a nuevos cuestionamientos que no fueron planteados al inicio del proceso* o sobre los cuales no se haya cumplido la carga procesal de sustentación que permita cuestionar la sentencia impugnada, pues se vulneraría la garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial (...)”.

⁸⁴ La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en distintas oportunidades relacionadas específicamente con el desconocimiento del principio de igualdad en la decisión sobre los contratos de estabilidad jurídica. En estos pronunciamientos se ha desestimado el cargo, dado que la demandante no aportó el material probatorio necesario ni cumplió con la carga argumentativa para realizar un juicio de igualdad. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de agosto de 2021. Radicación No. 25000-23-36-000-2015-00995-01(58.927), C.P: José Roberto SÁCHICA; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 23 de noviembre de 2022. Radicación No. 25000-23-36-000-2013-00855-02(57.899), C.P: Martín Bermúdez Muñoz; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 4 de octubre



Finalmente, la facultad para decretar pruebas de oficio establecida en el artículo 213 del CPACA tiene como finalidad el esclarecimiento de la verdad frente a puntos que se tornen oscuros o difusos, pero no para suplir la carga de la prueba que le corresponde a las partes⁸⁵.

En estos términos, como el demandante no demostró que el Comité hubiera vulnerado el principio de igualdad, el cargo de ilegalidad por esta razón no prospera.

5.3. Fijación de agencias en derecho:

La parte demandante cuestionó la fijación de agencias en derecho realizada en primera instancia, por considerar que estas se asimilan a las costas, y que no se encontraban probadas en los términos de los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso. Asimismo, manifestó que no se encontró probada la mala fe o la temeridad de Z.F. Celsia, por lo que no era procedente la fijación de agencias en derecho.

La Sala debe aclarar que el régimen incorporado por el Código General del Proceso en su artículo 365⁸⁶ para la condena en costas es objetivo, por lo que no atiende a criterios de mala fe o temeridad como lo manifiesta el demandante. Ahora bien, las agencias en derecho hacen parte de la condena en costas⁸⁷ y deben ser fijadas de conformidad con las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. De esta manera, el tribunal podía fijar las agencias en derecho atendiendo a su régimen objetivo dado que la parte demandante fue vencida en el proceso.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 366 *ejusdem* establece que la oportunidad procesal para controvertir la liquidación de las expensas y las agencias en derecho

de 2023. Radicación No. 25000-23-36-000-2013-02084-01(57.988), C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁸⁵ Al respecto, se ha pronunciado el Consejo de Estado, así: “se advierte que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen», y que esta Corporación ha señalado que **«la carga de la prueba no puede ser suplida por el juez, quien únicamente está facultado para decretar pruebas de oficio con la finalidad de esclarecer los hechos objeto de la controversia, mas no para sustituir las obligaciones probatorias de las partes»**” (negrilla fuera del texto original). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 14 de septiembre de 2023. Radicación No. 27001-23-33-000-2017-00136-01 (0852-2019), C.P: Gabriel Valbuena Hernández.

⁸⁶ “Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. **Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código**” (negrilla fuera del texto original).

⁸⁷ Código General del Proceso, artículo 361: “Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”.



es el recurso de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, el cual se profiere por el juez de primera instancia una vez ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso. Por lo tanto, los reparos sobre el monto de las agencias en derecho no corresponden a esta instancia y deben ser elevados en la oportunidad y mediante el mecanismo procesal adecuado.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará en su totalidad la decisión de primera instancia.

6. Costas:

Como se ha indicado, en el sistema procesal actual, la condena en costas adoptó un régimen objetivo, en el que se condena a la parte vencida, con independencia de su conducta. Teniendo esto presente, y para efectos de la condena en costas en segunda instancia, se tiene que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por el procedimiento civil.

Así, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que hay lugar a condenar en costas a la parte vencida en un proceso; sin embargo, el artículo 361 *ibidem* establece que las costas “[...] están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”. Estas últimas, vale aclarar, serán determinadas por las tarifas que, para el efecto, establezca el Consejo Superior de la Judicatura, en virtud del numeral 4 del artículo 366 de esa misma disposición.

Bajo estos términos, se condenará en costas a la parte demandante, es decir, a quien interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, debido a que este no prosperó⁸⁸. La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el tribunal *a quo*, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En relación con las agencias en derecho correspondientes a esta instancia, y de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, se tiene en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso, y otras circunstancias especiales, si las hubiere.

⁸⁸ El numeral 3 del artículo 365 del CGP dispone: “[...] 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”.



En ese sentido, se observa que se trata de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyas pretensiones ascendían a la suma de \$12.946'685.000. Asimismo, las entidades demandadas designaron los respectivos apoderados, quienes intervinieron en todas las actuaciones de la segunda instancia.

Teniendo en cuenta el Acuerdo No. 1887 de 2003⁸⁹, vigente para la fecha en que se presentó la demanda, se fijarán las agencias en derecho de la segunda instancia en el 0.5% de las pretensiones, es decir, la suma de SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/L (\$64'733.425) a favor de la parte demandada, conformada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Departamento Nacional de Planeación; el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en proporciones iguales. La anterior condena deberá incluirse en el auto de liquidación de costas a cargo de la parte vencida, en este caso, la demandante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de julio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante a pagar las costas del proceso. Como consecuencia, el tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma equivalente a SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/L (\$64'733.425) a favor de la parte demandada, conformada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Departamento Nacional de Planeación; el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en proporciones iguales.

⁸⁹“ARTÍCULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: [...] III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. [...] 3.1.3. Segunda instancia. Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.



*Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01502-01 (57.861).
Actor: Zona Franca Celsia S.A. ESP.
Demandado: La Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Otros
Referencia: Ley 1437 de 2011 – Controversias contractuales.*

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** al tribunal de origen para lo de su competencia.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado, y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES (E)

VF