

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE GRUPO
Radicado	13001-23-33-000-2017-00576-00
Accionante	JEISON OSPINO CASSIANI Y OTROS
Accionada	NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS – COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE GENERADORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA - ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS GENERADORAS
Tema	<i>Cargo por compensación – Falta de legitimación en causa por pasiva.</i>
Magistrada Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse mediante sentencia respecto a la demanda presentada por Jeison Ospino Cassiani, Carlos Enrique Ortega Valenciano, José Carlos Cuevas Sayas, Efrey Montiel Vergara, Natali Garcia Dager, Jorge Luis Beleño, John Kevin Fortich, Dyan Alejandro Pereira, Nestor Javier Carcamo, Johana Patricia Puello, Armando Cabrales, Carlos Andrés Díaz, Ney Berena Pérez, Luis Carlos Stalazar, Juan Carlos Montiel, Eduard de la Rosa, Julio Cesar Rubio, Jorge Luis Ramos, Juan Manuel Mariaca, Nina Vanessa Sierra, Nessin Elles Jaramillo contra la Nación – Ministerio de Minas y Energía – Superintendencia de Servicios Públicos – Comisión de Regulación de Energía y Gas – Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica - Asociación Nacional de Empresas Generadoras.

III. ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA¹.

3.1.1. Pretensiones²

En la demanda se solicita que se acceda a las siguientes solicitudes:

“PRIMERO: Solicita se declare responsables administrativamente y extracontractualmente por los daños y perjuicios causados al grupo afectado, incluyendo aquellas personas que se hicieron parte dentro del presente proceso a las

¹ Folios 4-16 cdno 1 (fl. 4-16 dig)

² Folios 10 cdno 1 (fl. 10 dig)

entidades demandadas y a todas las empresas afiliadas de estas entidades, por el indebido aprovechamiento económico que han hecho del cargo por confiabilidad, los cuales se vienen cancelando por los usuarios en las facturas de energía eléctrica, y, por la grave omisión administrativa de las autoridades nacionales accionadas, en cuanto a la regulación, vigilancia y control sobre los recursos pagados por los usuarios de energía a las generadoras de energía termoeléctricas e hidroeléctricas por el cargo de confiabilidad, y cuya defraudación ha dado lugar a lesionar de manera grave el patrimonio de los accionantes y demás usuarios del país.

SEGUNDO: Se condene a las demandadas, a título de perjuicio material, a pagar a los demandantes y a los miembros del grupo afectado las sumas correspondientes al valor cancelado por concepto de "cargo por confiabilidad" desde el momento de su creación hasta la fecha. Este monto deberá indexarse junto con sus intereses para el momento en que se verifique el pago.

TERCERO: Se condene a las demandadas que, a título de lucro cesante, le pague a los demandantes y a los miembros del grupo afectado los intereses legales sobre las sumas que no hayan sido devueltas. Este interés se liquidará desde el momento de su creación y hasta que se efectúe el pago"

3.1.2 Hechos³.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Afirma que, a través de Resolución No. 071 de 3 de octubre de 2006, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), se creó el "cargo por confiabilidad", el cual es pagado por cada uno de los usuarios de energía eléctrica en el país, y que tiene por finalidad la de actuar como un "seguro" que se activa en momentos de crisis, a fin de evitar apagones, y beneficia a las termoeléctricas (las que funcionan con combustibles).

La parte actora sostiene que, entre el mes de octubre de 2015 y comienzos del año 2016, se desató una fuerte crisis energética en el país, debido al fenómeno del niño y a la sequía se afectó las fuentes hídricas; lo cual, requirió un incremento en la producción energética de origen térmico (las que funcionan con combustibles).

Explica que, cuando se necesitó a las termoeléctricas para suplir la escasez energética, éstas no estaban preparadas para ello, lo que generó que se diera a conocer al público los problemas financieros de las plantas de energía mencionadas, y la grave falla en las funciones constitucionales de regulación, control y vigilancia por parte de las autoridades accionadas.

³ Folios 7-10 cdno 1 (fl. 7-10 dig)

Expuso que, las entidades demandadas, para evitar un apagón general en el país, no exigieron la activación del "cargo por confiabilidad", sino que aumentaron las tarifas de energía entre 6 y 7 pesos por kilovatio hora consumido, por un periodo de 3 años, a través de la Resolución 178 de octubre de 2015 de la CREG. Agrega, que esta medida fue injustificada e ilegal, porque ya los usuarios habían pagado por asegurar el suministro de energía en tiempos de intenso verano o sequía, a través del cargo por confiabilidad.

Así las cosas, los actores le reprochan a la administración nacional, el hecho de que no hayan supervisado, vigilado y controlado el uso que se le daba a los recursos destinados por "cargo por confiabilidad" que se recaudaba a través de las facturas de energía a todos los usuarios del servicio, dejando estos recursos al libre albedrío de unos particulares, quienes demostraron no haber hecho buen uso de estos, sino que le dieron otros destinos, repartiéndoselos como si fueran otras utilidades; mientras que las autoridades accionadas, en clara omisión de sus funciones administrativas, no realizaron vigilancia ni control a estas empresas generadoras de energía, teniendo las facultades para realizar las inspecciones del caso e imponer las sanciones respectivas.

3.2. ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue repartida a este Tribunal el día 12 de junio de 2017⁴, siendo inadmitida el 11 de julio de 2017⁵ y el 25 de octubre de 2017⁶, siendo corregida por la parte actora dentro de la oportunidad correspondiente, por lo que admitió finalmente a través de auto del 14 de febrero de 2018⁷.
- Las entidades presentaron sus escritos de defensa, tal y como se advierte en el acápite siguiente; el 5 de septiembre de 2018⁸ se realizó la audiencia de conciliación, en la que no se logró ningún acuerdo. El 21 de octubre de 2019⁹ se abrió a pruebas el proceso y se cerró el 17 de febrero de 2020, corriéndose traslado para alegar de conclusión¹⁰.
- El expediente ingresó para fallo el 13 de marzo de 2020¹¹

⁴ Folios 60 cdno 1 (fl. 78 dig)

⁵ Folios 62-63 cdno 1 (fl. 80-83 dig)

⁶ Folios 72-73 cdno 1 (fl. 93-95 dig)

⁷ Folios 95-97 cdno 1 (fl. 123-125 dig)

⁸ Folios 255-258 cdno 2 (fl. 71-74 dig)

⁹ Folios 286-287 cdno 2 (fl. 112-114 dig)

¹⁰ Folios 332-334 cdno 2 (fl. 169-174 dig)

¹¹ Folios 421 cdno 3 (fl. 34 dig)

3.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.3.1 Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía eléctrica - ASOCODIS¹²

Manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de motivaciones jurídicas o fácticas para invocarlas y lograr una sentencia favorable. En cuanto a los hechos expuso que, los mismos solo eran consideraciones personales de los actores, sin que existiera prueba de ello en el expediente. Alega que no se entiende cuales son las razones que motivan a los actores a acudir a la jurisdicción.

Afirmó no estar legitimada para comparecer al proceso, toda vez que ASOCODIS, es una entidad sin ánimo de lucro que congrega a las principales empresas distribuidoras y comercializadoras de energía eléctrica que atienden usuarios regulados y no regulados de Colombia; como agremiación, tiene por objeto principal, promover y defender la libre competencia y el desarrollo del mercado del sector eléctrico colombiano en especial en lo relacionado con la actividad principal de distribución y la complementaria de comercialización. Por otra parte, el “cargo por confiabilidad” es la remuneración que se paga a un agente generador por la disponibilidad de activos de generación de energía, que puede garantizar a los usuarios la confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica bajo condiciones críticas. De otro lado, el generador de energía es la persona natural o jurídica que produce energía eléctrica.

Bajo ese entendido, ASOCODIS, por su naturaleza, no es una empresa de servicios públicos domiciliarios, ni presta el servicio público domiciliario de energía eléctrica; tampoco ha sido remunerado en forma alguna a través del cargo por confiabilidad, ni ha facturado o cobrado algún valor relacionado directa o indirectamente con este cargo. Adicionalmente, ASOCODIS no tiene ninguna relación legal con los usuarios del servicio de energía eléctrica de Colombia, ni tiene competencias regulatorias, ni de inspección o control sobre las empresas prestadoras de servicios públicos.

Alega que en el auto admisorio no se analizó en debida forma el requisito de condiciones uniformes del grupo, puesto que, solo se determinó como sujetos activos de la demanda los usuarios del servicio de energía, sin especificar quienes eran.

¹² Fóllos 121-130 cdno 1 (fl. 172-181 dig)

También adujo la falta de requisitos formales de la demanda, por cuanto no se habían determinado correctamente las indemnizaciones reclamadas; y la caducidad de la acción.

3.3.2 Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica - ACOLGEN¹³

Manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, alegando la ausencia de fundamentos constitucionales, legales y fácticos de la misma, además, la falta de un respaldo probatorio contundente que pueda tan siquiera vislumbrar la antijuridicidad de la conducta que los accionantes pretenden poner en cabeza de mi representada.

Expuso que, respecto de ACOLGEN, no se puede predicar un indebido aprovechamiento económico del cargo por confiabilidad, ni se puede aducir que su actuación causa una lesión grave al patrimonio de los accionantes y demás usuarios del país, como quiera que ACOLGEN en ningún momento recibió recursos por concepto del Cargo por Confiabilidad, por lo tanto, no pudo haber incurrido en las conductas que los accionantes le endilgan. Adicionalmente, ACOLGEN no es una empresa prestadora del servicio público de energía eléctrica, en consecuencia, tampoco podría hablarse de falla del servicio, ni de perjuicios o daños ocasionados, máxime cuando no se allega tan siquiera prueba sumaria de los presuntos daños causados a los accionantes.

Señaló que, por el contrario ACOLGEN, es una entidad sin ánimo de lucro que desde diciembre de 1997 agrupa una gran mayoría de empresas generadoras de energía eléctrica en Colombia y cuyo propósito es promover el crecimiento sostenido de sus Asociados y el desarrollo eficiente del sector energético nacional e internacional, participando efectivamente en la formulación de política pública sectorial a través de espacios de discusión y aprendizaje, en un ambiente de confianza, integración y conciliación de intereses entre los Asociados, el Estado y demás agentes del sector. En este sentido, resulta indispensable aclarar que ACOLGEN no es un agente del mercado de energía eléctrica, no es un generador de energía, no es una sociedad con ánimo de lucro, por lo tanto, en ningún momento ha recibido ni recibirá recursos por concepto del cargo por confiabilidad.

En cuento a los hechos indicó que, efectivamente el cargo por confiabilidad fue creado a través de la Resolución No. 071 de 3 de octubre de 2006, pero el mismo no es un impuesto o recurso de carácter público, por el contrario, es un

¹³ Fóllos 159-179 cdno 1 (fl. 209-229 dig)

recurso de carácter privado que hace parte de la tarifa de energía; el cargo por confiabilidad corresponde a un rubro específico del valor total que costean todos los usuarios/consumidores del servicio de energía. Así las cosas, cuando se paga la factura de energía, se está pagando de manera simultánea los siguientes rubros: i.) rubro destinado a quien genera la energía; ii.) rubro destinado al que transporta la energía; iii) rubro destinado al que distribuye la energía; y iv) rubro destinado a quien debe suplir la labor del generador usual de energía al momento de presentarse condiciones críticas de abastecimiento, es precisamente este último rubro el denominado cargo por confiabilidad.

Agregó que, el cargo por confiabilidad debe ser entendido como una suma destinada a preservar los activos necesarios para el correcto funcionamiento de las generadoras de energía eléctrica, direccionada al mantenimiento, infraestructura, máquinas, pago de nómina de personal, financiamiento, contratos de respaldo de combustible, entre otros; más no resulta ser un "seguro", tal como se afirmó en el libelo.

Sostuvo, que al finalizar el año 2015 y durante el primer trimestre del año 2016 el sector eléctrico enfrentó condiciones climáticas severas, sin embargo, se demostró que los generadores estaban preparados para responder de manera adecuada a los requerimientos de la demanda en donde se garantizó el 100% de abastecimiento, precisamente gracias al esquema normativo del cargo por confiabilidad. Las plantas térmicas entraron a operar durante el pasado periodo de "El Niño" cumpliendo con su generación, la mayoría de ellas ejecutaron la totalidad de las obligaciones de energía en firme asignadas, generando incluso a pérdida, y en aquellos casos donde no entregaron la totalidad de la energía, pagaron el costo adicional de la energía generada por otros agentes. Solo se presentó un caso aislado de una planta de generación térmica que manifestó su indisponibilidad para generar. Sin embargo, esta situación no creó, en ningún momento, un desabastecimiento para la demanda y de suyo un racionamiento para el país.

Indicó que, durante este periodo se presentaron hechos imprevisibles que restringieron la oferta de combustibles líquidos ocasionando la indisponibilidad parcial del parque de generación; por ello, el Gobierno Nacional se vio abocado a tomar medidas de control a través de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, profiriendo una serie de resoluciones como: la Resolución 170 de 2015, la cual permitió contratar excedentes mensuales de gas después a la subasta; la Resolución CREG 171 de 2015 con el fin de aumentar la participación de plantas menores en el Mercado de Energía Mayorista; así mismo la Resolución CREG 172 de 2015 que puso a tope los precios de las ofertas diarias a la Bolsa de Energía.

Añadió que, en ese periodo también se expidió la Resolución 178 de 2015 citada por el extremo activo, la cual no establece un incremento de la tarifa en 407 \$/kWh, sino que, fija el valor diario de la opción (VDO) para plantas térmicas que operen con combustible líquido igual a la diferencia entre el precio de escasez y el costo de referencia (470,66 \$/kWh) por la generación real de la planta menos los pagos diferentes al precio de escasez y reconciliación positiva que reciba la planta. Así las cosas, el mecanismo propuesto por la CREG mediante el acto administrativo en mención, reconoció que las plantas que operaban con combustibles líquidos no podían generar con gas natural y que la diferencia entre el precio de escasez y su costo variable se había incrementado al momento de la expedición de la Resolución por situaciones inesperadas y fuera del alcance de su gestión.

Consecuencia de lo anterior, con el mecanismo establecido en la Resolución precitada, se pretendió restablecer el nivel de riesgo que tenían este tipo de plantas al nivel que tenían en el momento en que les fueron asignadas las obligaciones de energía en firme -OEF- con el fin de que pudieran cumplir con las obligaciones adquiridas y así garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica a los usuarios consumidores.

Sostuvo, que las medidas adoptadas por la CREG en cuento a la creación del cargo por confiabilidad, significó un ahorro mayor al pagado por los usuarios en las facturas de energía a través de los años, pues lo recaudado por este concepto fue de 16.84 billones de pesos, pero, en la crisis, los usuarios se libraron de pagar 17 billones de pesos.

Como excepciones propuso la falta de legitimación en la causa, la caducidad, falta de prueba de lo alegado, ausencia de los requisitos de forma (no se definió correctamente el grupo).

3.3.3 Nación – Ministerio de Minas y energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas¹⁴

Afirma, que se opone a las pretensiones de los demandantes por ser infundadas y carecer de sustento legal y fáctico en tanto que no incurrieron en acción u omisión alguna que haya causado a los accionantes el supuesto perjuicio cuyo resarcimiento exigen.

Aducen que no es cierto que se haya presentado una falla en las funciones de regulación, control y vigilancia por parte de las demandadas, tal y como se expondrá más adelante el Ministerio y Minas y la CREG han cumplido

¹⁴ Fólíos 180-206 cdno 1 y 2 (fl. 180 c1 hasta 13 c.2 dig)

cabalmente con las funciones que les han sido dadas por ley en relación de con los servicios públicos domiciliarios siendo la principal de ellas la de garantizar la prestación continua y eficiente del mismo.

Que, es cierto que el mecanismo del el Cargo por Confiabilidad fue regulado mediante la Resolución CREG 071 de 2006, siendo dicho cargo un esquema regulatorio creado con el objetivo de asegurar el suministro de energía para la demanda nacional en el mediano y largo plazo, a través de la expansión del parque generador (i.e. construcción de nuevas plantas de generación) de forma eficiente. En resumen, mediante mecanismos de mercado los agentes que cuentan con energía firme (en plantas existentes o por construir) adquieren el compromiso de entregar dicha energía, a partir de una fecha determinada a un precio definido cuando se presenten condiciones críticas en el sistema interconectado nacional. Este mecanismo se adoptó dando cumplimiento a los mandatos dados Ministerio de Minas y Energía y la CREG en las leyes 142 y 143 de 1994. Este servicio de confiabilidad hace parte de la prestación del servicio de energía y por tanto se traslada a los usuarios como parte del costo. Los generadores que tienen Obligaciones de Energía Firme, que pueden ser térmicos o hidráulicos, reciben un ingreso por concepto de cargo por confiabilidad a cambio de que cuando haya condiciones críticas en el sistema eléctrico, ocasionadas por ejemplo por el Fenómeno de El Niño, entreguen las cantidades de energía a las que se han comprometido para atender la demanda a un precio máximo, que es el que pagan los usuarios.

En cuanto al valor total de lo recaudado por concepto del cargo por confiabilidad indicó que, este no le consta, puesto que, es la empresa Expertos en Mercados XM SA ESP, quien ejecuta las subastas del Cargo por Confiabilidad y quien, en cumplimiento de la regulación, recauda de los comercializadores los recursos del mismo, y los paga a los generadores que han obtenido asignaciones de OEF en las subastas.

En cuanto a las fallas de las termoeléctricas en la crisis del 2015-2016, manifestó que, la única planta de generación que presentó indisponibilidad fue la planta Termocandelaria, lo cual dio lugar a la toma de posesión de la misma, por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, momento a partir del cual la planta generó la energía a la que estaba comprometida. Las demás plantas térmicas entregaron su generación, muchas de ellas cumpliendo la totalidad de las OEF asignadas y en los casos que no entregaron la totalidad de la energía, pagaron los altos costos de la energía que fue producida por otros generadores, todo lo cual garantizó la prestación del servicio a los usuarios y evitó que estos tuvieran que pagar costos elevadísimos por el servicio.

Sostiene que, no es cierto que la medida contenida en la Resolución CREG 178 de 2015 sea injustificada o ilegal. En el documento CREG 120 de 2015 se explican los fundamentos técnicos y de derecho con base en los cuales la Comisión adoptó la medida. Los análisis y consideraciones allí planteados permiten evidenciar que la medida está totalmente ajustada a derecho. Tampoco es cierto o que con ella se haya obligado a pagar a los usuarios algo que ya habían pagado, lo que hizo la medida fue restablecer el nivel de riesgo que tenían los agentes a aquél del momento de participar en las asignaciones de energía firme; es decir, reconocer un costo relativo a un riesgo que se había aumentado, por circunstancias ajenas e imprevisibles, con respecto al que asumieron en el momento en que les fueron asignadas las OEF.

Como excepciones presentó la falta de legitimación por activa, toda vez que en el grupo existen personas que no demuestran siquiera sumariamente que tienen la calidad de usuarios o suscriptores del servicio de energía, y mucho menos, que hayan pagado dicho servicio desde la expedición de la Resolución CREG 071 de 2006, pago frente al cual se alega el perjuicio cuyo resarcimiento se alega. Tales personas son: Jeison Ospino Cassiani, Carlos Enrique Ortega Valenciano, Efrey Montiel Vergara, Dyan Alejandro Pereira de Avila, Nestor Javier Cárcamo García, Carlos Andrés Díaz Carmena y Juan Manuel Mariaca Duque.

Que, con el escrito de demanda se allegan copias de facturas que están a nombre de personas diferentes a los demandantes: Elles Ángel, Constructora Asociados Ltda, Galeano Arango Jhan Stiven, Iriarte Francisco, Ramón Lugo Emiro , Sr Montiel Abad Edison Rafael, Monroy Rafael, Sra Palomares Amador Lilia Carmel, Díaz De Berdugo Ana Amalia, Colley Rosalba, Villadiego Cárdenas Eduardo, Estrada De M Maria, Ghisays Y Romero, Ospino Salgado José , Moris Montero L, Fideicomiso Portales Fidubogotá, Constr Alameda Limitada, Rincón Del Bosque Urbanizacion, Arteaga Oviedo Beatriz Del Carmen y Cassiani Pedro.

Alega también la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no existe falla en el ejercicio de las funciones del ente accionado; ausencia de responsabilidad toda vez que no existió un aprovechamiento de los recursos.

3.3.4 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios¹⁵

Inicialmente expuso que se opone a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que en el Tribunal Administrativo de Bolívar existe otra acción de

¹⁵ Fólios 217 cdno 1 CD

grupo con identidad de causa y de demandados, lo que impide que se lleve a cabo un nuevo proceso por los mismos hechos.

Indica que la acción de grupo en mención tiene el radicado número **130012333-000-2015-00764-00**, cuyos accionantes están encabezados por la señora MARÍA BONFANTE STEPHENS y cuyo Magistrado Ponente es la Dra. HIRINA MEZA RHENALS. En esta acción también se persigue la indemnización de los perjuicios generados con ocasión del aprovechamiento injustificado del “cargo por confiabilidad” que sufragaron los actores a través de las facturas de energía eléctrica de manera mensual en obediencia de la Resolución 071 de octubre de 2006 expedida por la CREG, así como la inadecuada y negligente regulación, vigilancia y control por parte del Ministerio de Minas y Energía, Comisión de Regulación de Energía y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Que, conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo procedente en este caso es que los accionantes se agrupen en una sola demanda, a través de la figura contemplada en el artículo 56 de la Ley 472/98.

Como mecanismo de defensa, propuso las siguientes excepciones:

- Inepta demanda: como quiera que la cuantía no se determinó razonablemente, como quiera que no se estableció un monto por cada usuario, suscriptor o consumidor, tampoco se tuvo en cuenta un número de usuarios, presuntamente afectados y se llegó incluso a incluir periodos que de entrada se encuentran caducados.
- Indebida determinación del grupo: toda vez que este no puede estar conformado por número total de propietarios de inmuebles, ni de usuarios, ni de suscriptores del servicio de energía. Tampoco se indicó en la demanda el ámbito territorial del grupo que se presente conformar, es decir no se indicó si es de carácter local, municipal, departamental o nacional. Pero además ante la imposibilidad de nombrar a todos los miembros del grupo, por lo menos se debieron indicar los criterios para identificarlos y definirlos.
- Falta de legitimación por activa: pues el grupo accionante no había demostrado, ni siquiera de manera sumaria, la condición que alegan tener para invocar la acción indemnizatoria que han iniciado. Lo anterior, teniendo en cuenta que, al leer el texto de los poderes otorgados para iniciar la presente acción, cada uno de los poderdantes indicaron que conferían poder en su condición de “usuario y/o suscriptor del servicio de energía”, pero no allegaron copias de las facturas del servicio de energía que permita comprobar si tienen la condición de usuarios o de suscriptores del servicio de energía.

- Caducidad de la acción: sostiene que la víctima del daño tiene un plazo de dos años a partir de la ocurrencia del daño, para acudir ante la jurisdicción con el fin de reclamar los perjuicios; sin embargo, podía advertirse en este caso que, el grupo demandante pretendía la indemnización de un daño que se había configurado desde el año 2006, lo que hace evidente que la acción fue presentada por fuera del término de ley, y en tales condiciones se debe declarar la caducidad de la acción respecto de los hechos acaecidos con anterioridad al año 2013.
- Caducidad especial: aduce que el tema de los servicios públicos domiciliarios tiene un régimen especial contenido en la Ley 142 de 1994, el cual debe ser interpretado de manera primordial frente a la Ley 472 de 1998, por razón del “principio de especialidad”. Así las cosas, explica que, el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 determina que las reclamaciones que recaigan sobre las facturas deben ser presentadas ante las entidades correspondientes dentro de los 5 meses siguientes; en esa medida, si los demandantes se encontraban en desacuerdo con el cobro realizado en sus facturas de servicio de energía, al evidenciar que se incluía el cargo por confiabilidad, pudieron interponer los recursos correspondientes, sin olvidar que, en ningún caso, procedían reclamaciones contra facturas con una expedición superior a 5 meses.

Por último, resaltó que, la Superintendencia De Servicios Públicos Domiciliarios no ha causado ningún perjuicio a los accionantes ni por su acción ni por su omisión, por ende no tiene responsabilidad patrimonial respecto de los mismos, por cuanto ha actuado según su ámbito de competencia y sus actuaciones han sido proferidas de acuerdo con el marco jurídico vigente.

Agregó que, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no es la entidad pública encargada de regular el servicio de energía eléctrica en Colombia, ni de la creación del “cargo por confiabilidad”. Que existen razones de tipo técnico y de conveniencia que justifican el cobro de cargo por confiabilidad a los usuarios del servicio de energía eléctrica en Colombia, esto implica que no es considerado un daño antijurídico, sino parte del costo de sostenimiento y estabilidad del sistema eléctrico nacional.

3.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.4.1. Parte demandante¹⁶: Presentó escrito de alegatos, reiterando completamente los argumentos de la demanda; en consecuencia, solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda.

¹⁶ Fólíos 372-376 cdno 2 (fl. 218-222 dig)

3.4.2. Parte demandada- Asociación Nacional de Empresas Generadoras- ANDEG¹⁷: Manifestó no haber prueba de lo alegado por los demandantes, e indicó que, por el contrario, en el proceso quedó demostrado que durante la emergencia de 2015-2016 no existieron interrupciones del puesto que no acreditó nada distinto a lo solicitado en la demanda.

3.4.3 Parte demandada- Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica - ASOCODIS¹⁸: Reiteró los argumentos planteados en las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y solicitó la negativa de las pretensiones.

3.4.4 Parte demandada- Ministerio de Minas y Energía y Comisión de Regulación de Energía y GAS - CREG¹⁹: Reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda y solicitó la negativa de las pretensiones.

3.4.5 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado²⁰: Intervino en el proceso para solicitar que se denegaran las pretensiones de la demanda, manifestó que no estaban probados los hechos que soportaban la demanda, y además, propuso excepciones que no pueden ser tenidas en cuenta por haberse presentado por fuera de la oportunidad procesal para ello.

3.4.6 Ministerio Público: No presentó el concepto de su competencia.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152-16 del CPACA, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para conocer del presente asunto en primera instancia, toda vez que se demanda la responsabilidad de varias autoridades de orden nacional.

¹⁷ Folios 378-385 cdno 2 (fl. 224-238 dig)

¹⁸ Folios 386-389 cdno 2 (fl. 240-243 dig)

¹⁹ Folios 409-412 cdno 3 (fl. 18-25 dig)

²⁰ Folios 352-371 cdno 2 (fl. 198-217 dig)

5.2. Problema jurídico

Previo a resolver el caso de fondo, procederá la Sala a resolver las excepciones previas formuladas por las entidades accionadas, por lo que el primer problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Demuestran los demandantes estar legitimados para ejercer la acción indemnizatoria en contra de NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA – SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS – COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE GENERADORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA - ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS GENERADORAS?

En caso de que la respuesta al problema jurídico anterior sea negativa se dará por terminado el proceso, de lo contrario, el Tribunal Administrativo de Bolívar procederá a determinar si:

¿Hay lugar a la devolución de los saldos pagados por los usuarios del servicio de energía, por concepto de cargo por confiabilidad, desde el año 2006 hasta el año 2016?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala considera que se debe declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes toda vez que los accionantes no demostraron ser suscriptores del servicio de energía y, tampoco demostraron haber efectuado los correspondientes pagos del del cargo por confiabilidad, por lo que no acreditan estar facultados para reclamar el mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se estudiará el fondo del asunto.

5.4 Excepciones previas

Considera esta Tribunal que, antes de con el estudio de fondo de lo que se demanda en este asunto, es menester pronunciarse sobre las excepciones previas planteadas por las entidades demandadas, pues, en caso de prosperar alguna de ellas, el proceso terminaría.

5.2.1 Falta de legitimación en la causa por activa e indebida integración del grupo.

En el caso de marras, se tiene la CREG y las demás entidades accionadas han manifestado que los demandantes no están legitimados en la causa por

activa para comparecer a este proceso, como quiera que no demuestran tener el derechos por el cual reclaman; en ese sentido, no acreditan ser usuarios del servicio de energía entre los años 2006 a 2015; además, 7 de los demandantes aportan no facturas de energía en las que se verifique que ellos son los usuarios o suscriptores del servicio, y, por último, en la demanda no se determina en debida forma el grupo.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación inicia por indicar que la legitimación en la causa, constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio.

En relación con la legitimación en la causa, el consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“La legitimación en la causa -legitimatío ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal”²¹.

Como se aprecia, la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia.

La legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones elevadas –lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial– sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial. En consecuencia, la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser

²¹ Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 23 de abril de 2008, exp. 16.271, M.P. Ruth Stella Correa Palacio

la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso²².

Por otra parte, tenemos que, de la lectura del artículo 46 y ss de la Ley 472/1998 se puede concluir que son titulares de la acción de grupo las personas que hubieren sufrido un perjuicio individual, pudiendo presentar la demanda cualquiera de ellas en representación de las demás que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder. En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectada individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder. Dentro de los presupuestos deben señalarse entre otras cosas, los criterios para identificar y definir el grupo de por lo menos veinte (20) integrantes, si no fuere posible proporcionar sus nombres.

En el sub examine, se demanda lo que para los actores es una falla en el servicio, derivada de la omisión de las entidades accionadas en el ejercicio de las facultades de inspección, control y vigilancia, sobre los recursos que son recaudados en virtud del cargo por compensación, que se cobra a todos los usuarios del servicio público de energía, a través de las facturas mensuales.

A juicio de los demandantes, el daño radica en el hecho de que desde el año 2006, la CREG autorizó el cobro de dicho factor, con la finalidad de que con este concepto se garantizara la prestación de servicio de energía en las épocas de crisis energética, para así evitar apagones o altos cobros por la escasez de energía en el país.

Según los demandantes, la falla en el servicio por la que se demanda, se concretó, o quedó en evidencia, a finales del año 2015 y principios de 2016, cuando el país atravesó por una aguda crisis energética a causa del Fenómeno de El Niño; en esta oportunidad, se evidenció que las termoeléctricas (empresas beneficiarias del cargo por confiabilidad y

²² “[E]n los procesos contenciosos la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante...” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 260.

obligadas a suplir la falta de energía) no pudieron hacer frente a la crisis, toda vez que los recursos captados a partir del cargo por confiabilidad fueron mal utilizados por las empresas favorecidas; lo anterior, produjo que el Gobierno Nacional se viera abocado a aumentar el costo del servicio de energía a los usuarios.

En razón de lo expuesto, los demandantes manifiestan que, ante el incumplimiento de las termoeléctricas, ellos tienen derecho a que se les devuelva lo pagado **por concepto de cargo de confiabilidad desde diciembre de 2006 hasta el 30 de junio de 2017**²³, mes de presentación de la demanda.

Así las cosas, para efectos de advertir quienes pueden reclamar la devolución del cargo por confiabilidad (legitimación por activa), independientemente de que les asista derecho o no en sus pretensiones, debe la Sala entrar a verificar si se cumplen o demuestran las condiciones de suscriptor o usuario del servicio de energía; o si, por cualquier medio se demuestra que los actores efectivamente pagaron este cargo por confiabilidad.

Para lo anterior, es preciso aclarar que, la Ley 142 de 1994, en su artículo 14.31 y 14.33, define que, suscriptor es la persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos; mientras que usuario es la persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor.

De acuerdo con lo anterior, y revisadas las pruebas traídas al proceso, a fin de verificar si los demandantes son titulares del derecho que reclaman, encuentra este Tribunal que se tiene unas facturas de energía así:

Demandante	poder	¿Aporta factura o documento que demuestre ser usuario o suscriptor del servicio de energía?
Armando Cabrales	No	No
Carlos Andrés Díaz Carmona	Si	No
Carlos Enrique Ortega Valenciano	Si	No
Dyan Alejandro Pereira De Ávila	No	No
Eduard de la Rosa	No	No
Efrey Montiel Vergara	Si	No
Jeison Ospino Cassiani	Si	No
Johana Patricia Puello	No	No
John Kevin Fortich	No	No
Jorge Luis Beleño	No	No

²³ Folio 66-68 cdno 1 (fl. 87-89 dig)

Jorge Luis Ramos	No	No
José Carlos Cuevas Sayas	No	No
Juan Carlos Montiel	No	No
Juan Manuel Mariaca Duque	Si	No
Luis Carlos Salazar	No	No
Natali García Dager	No	No
Nessin Elles Jaramillo	No	No
Nestor Javier Cárcamo García	Si	No
Ney Serena Pérez	No	No
Nina Vanessa Sierra	No	No
Julio Cesar Rubio Rubio	Actúa en nombre propio	No

De lo anterior se tiene que, (i) solo 7 de los demandantes dieron poder al abogado Julio Cesar Rubio Rubio, para ejercer su representación en este proceso; (ii) además, ninguno de los accionantes antes relacionados aportó algún documento que acreditara que fueran suscriptores del servicio de energía, ni trajeron alguna otra prueba que demostrara que hubieran pagado el cargo por confiabilidad reclamado; y, por lo tanto, se hubieran visto afectados por ello. En ese sentido, se tiene que, las facturas están a nombre de personas diferentes, e incluso empresas y conjuntos residenciales; (iii) todas las facturas son del año 2017, y solo hay 1 del año 2016 y 1 del año 2015, sin embargo, debe tenerse en cuenta que lo reclamado en este proceso es por concepto de los malos manejos de los recursos recaudados en virtud del pago hecho por los demandantes entre el año 2006 a mediados de 2015.

En el proceso, se practicó también un interrogatorio de partes al señor Julio Cesar Rubio Rubio, como apoderado y actor de la acción de grupo, en la cual se le preguntó si era suscriptor del servicio de energía, a lo cual contestó que no, toda vez que no tenía contrato con la empresa de energía; sin embargo, afirmó que, a folio 37 del expediente, se encontraba una factura de servicios a nombre de su esposa (no indicó el nombre de ella) y que por ser él el Jefe del hogar le correspondía el pago del servicio público. Se le solicitó que indicara en la factura donde se encontraba el cobro del cargo por compensación, pero el declarante no pudo determinar tal cobro. Se le preguntó si entre los años 2015-2016 recordaba que se hubiera realizado un apagón en Colombia, a lo cual contestó que no podía precisar ese hecho²⁴.

Frente a lo anterior es preciso indicar que, si bien el actor aseguró pagar el servicio de energía que se encontraba a nombre de su esposa como suscriptora, tal situación no puede ser verificada en el proceso en la medida en que la factura de energía en comento no se encuentra a nombre de una persona natural, sino jurídica; y la simple afirmación del señor Rubio Rubio no

²⁴ Folio 305 min: 16

13-001-33-33-000-2017-00576-00

es suficiente para demostrar que efectivamente pagó el cargo por confiabilidad entre los años 2006-2015, pues no se aporta ninguna constancia de pago u otro documento que pruebe su dicho.

Conforme con lo expuesto, se tiene que no existe prueba que permita concluir que los demandantes son los titulares para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso, por lo que debe declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

5.5 De la condena en costa.

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte demandante, en primera instancia, por cuanto sus pretensiones fueron despachadas de manera desfavorable.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por la Nación – Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

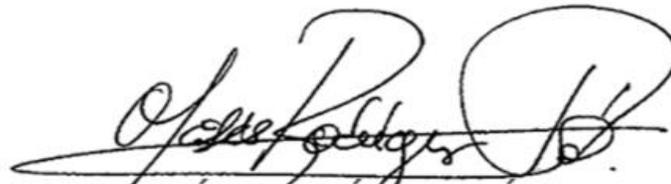
QUINTO: De no ser apelada esta decisión, **ARCHÍVESE** el proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 018 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS




MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ