



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **20191320074021**

RJ-F-005 V. 6

Fecha: 14/02/2019

Página 1 de 24

Honorables Magistrados¹
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLANTICO
SECCION "C"
Atn. M.P. DR. CESAR AUGUSTO TORRES
Calle 40 No. 45 – 46 piso 9
Edificio de la Gobernación del Atlántico
sgtadminatl@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono (5) 3400544
Barranquilla
E.S.D.

REFERENCIA: **ACCIÓN POPULAR**
DEMANDANTE: **CARLOS EDUARDO CAICEDO OMAR**
DEMANDADO: **NACION MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, ELECTRICARIBE S.A. ESP., MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, SENADO DE LA REPÚBLICA, CAMARA DE REPRESENTANTES Y SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**
RADICADO: **0080013333-009-2018-00005-00**

SOLICITUD DE ACLARACION Y RECURSO DE REPOSICIÓN Y APELACION

DAVID GARCIA TELLEZ, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.687.810 de Bogotá y portador de la T.P. No. 107.113 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado y por tanto en representación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conforme con el poder que ya reposa en el expediente, respetuosamente me permito solicitar aclaración e interponer recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del auto de fecha 18 de enero de 2019 que fue notificado por correo electrónico el día 12 de febrero de 2019 en los siguientes términos:

I. LA DECISION DE DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES

El Honorable Tribunal Administrativo del Atlántico por medio del auto de fecha 18 de enero de 2019 accedió parcialmente a la solicitud de medidas cautelares requeridas por el actor, decretando las siguientes órdenes:

"1) **DECRETAR** la medida cautelar solicitada por la parte actora frente a la socialización de modificación tarifarias con los usuarios del servicio público de energía en la Costa Caribe y en consecuencia se **ORDENA** a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que antes de aprobar alguna modificación a la tarifa del servicio de energía prestado por Electricaribe en la zona Caribe del país,

¹ Radicado Demanda No. 20188200184832

Expediente Virtual No. 2018132010500002E

programe, establezca y evacúe dos (2) mesas de concertación en audiencias públicas en cada uno de los Departamentos afectados -en los cuales Electricaribe presta sus servicios-, a fin de que se realicen audiencias de socialización en las que participen funcionarios de la CREG, Alcaldes de los Municipios afectados, comités vocales de usuarios y el actor, para que allí se discutan todos los asuntos relativos a la pertinencia, eficacia, ventajas, desventajas y condiciones de las modificaciones tarifarias a adoptar. Las audiencias deberán ser coordinadas con los sujetos intervinientes y la parte actora. Las dos (2) mesas de concertación en cada Departamento, se harán como mínimo dentro de un (1) mes, de tal manera que todo el proceso de socialización y la realización de las audiencias y mesas. De esas audiencias, deberán levantarse actas o videos con el fin que sean allegadas a la presente actuación judicial para que obren como elemento probatorio. La Procuraduría General de la Nación, a través del Delegado ante esta Corporación, será el encargado de rendir informes sobre el avance en el cumplimiento de la presente orden judicial. Dichos informes se remitirán mensualmente ante el Despacho del Ponente.

Por otro lado, se ordena, que los resultados de esas mesas de difusión y concertación con los usuarios del servicio de energía en la Costa, deberán ser analizadas a profundidad por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- a efectos de fundamentar o no la necesidad de modificar las tarifas por la prestación del servicio público de energía a los usuarios de la región.

II) **DECRETAR** la medida cautelar solicitada por la parte actora frente a la socialización de la contratación de operadores por parte de Electricaribe con los usuarios del servicio público de energía en la Costa Caribe y en consecuencia se **ORDENA** a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al Ministerio de Minas y Energía y a cualquier otra entidad que resulte competente, que antes de escoger el nuevo operador de la Empresa Electricaribe, establezca 2 mesas de concertación en cada uno de los Departamentos afectados -en los cuales Electricaribe presta sus servicios-, a fin de que en estas se realicen audiencias de socialización en las que participen funcionarios de la Superintendencia, de la CREG, Alcaldes de los Municipios afectados, comités vocales de usuarios y el actor, para que allí se discutan todos los asuntos relativos a la pertinencia, eficacia, ventajas, desventajas y condiciones del nuevo operador del servicio de energía para la zona caribe del país. Dichas autoridades, deberán programar, establecer y evacuar dos (2) mesas de concertación en audiencias públicas en cada uno de los Departamentos afectados -en los cuales Electricaribe presta sus servicios-. Las audiencias deberán ser coordinadas con los sujetos intervinientes y la parte actora. Las dos (2) mesas de concertación en cada Departamento, se harán como mínimo dentro de un (1) mes, de tal manera que todo el proceso de socialización y la realización de las audiencias y mesas, deberán levantarse, contados a partir de la notificación de la presente providencia. De esas audiencias videos con el fin que sean allegadas a la presente actuación judicial para que obren como elemento probatorio. La Procuraduría General de la Nación, a través del Delegado ante esta Corporación, será el encargado de rendir informes sobre el avance en el cumplimiento de la presente orden judicial. Dichos informes se remitirán mensualmente ante el Despacho del ponente.

Se ordena, igualmente, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al Ministerio de Minas y Energía y a cualquier otra entidad que resulte competente, que los resultados de esas mesas de difusión y concertación con los usuarios del servicio de energía en la Costa, deberán ser analizadas a profundidad por las autoridades públicas destinatarias de la medida cautelar a efectos de fundamentar o no la adopción de decisiones respecto a la conveniencia y procedencia de la contratación o no de uno o varios operadores de dicho servicio en la región.

TERCERO: NEGAR las demás medidas cautelares solicitadas por la parte actora, en razón a los argumentos de defensa expuestos en las consideraciones de la presente providencia.

CUARTO:- Una vez en firme la presente providencia, reingrésese el expediente al Despacho para continuar con el trámite procesal correspondiente.”

Lo anterior, luego de realizar un análisis de los requisitos contenidos en la Ley 1437 de 2011 y establecer que el derecho a la “participación democrática” es un derecho colectivo, susceptible de protección a través de la acción popular y evidenciar que el mismo debe ser protegido de manera precautelativa.

Para llegar a esa conclusión, se analizaron las medidas cautelares en el marco de la acción popular inicialmente las contenidas en la Ley 472 de 1998 y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, determinando que en ámbito de la acción popular el juez puede decretar cualquier tipo de medida cautelar sin estar limitado a las contenidas en la Ley 1437 de 2011.

Posteriormente se analizaron los requisitos para decretar medidas cautelares contenidos en el artículo 231 del CPACA y consideró que existe motivo suficiente para que el juez popular intervenga en pro de la garantía de la participación democrática de los usuarios del servicio público de energía en la zona caribe del país.

II. SOLICITUD DE ACLARACION

Amparado en el artículo 285 del Código General del Proceso me permito solicitarle al despacho la aclaración del auto por medio del cual se decretaron las medidas cautelares, por cuanto para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios las órdenes impartidas deben precisar el alcance de las mismas en el contexto de las facultades legales de la entidad de control y garantizar así el adecuado cumplimiento de la orden judicial.

De manera particular se solicita aclaración respecto de lo siguiente:

- a) En los dos primeros numerales del segundo punto de la parte resolutive se indicó: “Las dos (2) meses de concertación en cada Departamento, se harán como mínimo dentro de un (1) mes”.

Probablemente se refiere a un error de digitación y se refiere a “mesas” y no a meses como quedó indicado en el auto, y por supuesto se requiere la aclaración del despacho.

- b) En relación con la orden contenida en el numeral primero de la segunda parte de la parte resolutive referida a la socialización de modificación de tarifas, se catalogaron las mesas de socialización, como de “concertación”, lo cual se presta a confusión por cuanto la real Academia de la lengua da acepciones diferentes a las dos acciones, como se demuestra a continuación:

La acción de “socializar” se refiere a:

1. tr. Transferir al Estado, o a otro órgano colectivo, algo de propiedad privada, especialmente un servicio o un medio de producción. Socializar la banca.
2. tr. Extender al conjunto de la sociedad algo limitado antes a unos pocos. Socializar la cultura.
3. tr. Adaptar a un individuo a las normas de comportamiento social.
4. intr. Hacer vida de relación social. Para los niños es indispensable socializar.

En cambio, Concertar² se refiere a:

1. tr. Componer, ordenar o arreglar las partes de una cosa, o varias cosas.
2. tr. Acordar el precio de algo.
3. tr. Pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio. U. t. c. prnl.
4. tr. Cotejar o concordar una cosa con otra.

Es por ello que al denominar las reuniones como de “concertación”, se generan dudas y eventuales malinterpretaciones al momento de dar cumplimiento a la orden judicial, ya que el efecto de “socializar” se refiere a dar a conocer o extender a la comunidad los asuntos relativos a la pertinencia, eficacia, ventajas, desventajas y condiciones de las modificaciones tarifarias a adoptar, pero si se entiende que la exigencia es de “concertación”, conllevaría además de las acciones de socialización mencionadas, la necesidad de “acordar” o “pactar” entre las partes las modificaciones tarifarias, lo cual, claramente desconoce el régimen de servicios públicos, el procedimiento de fijación de las tarifas del servicio de energía eléctrica a los usuarios de ELECTRICARIBE y el aparte de la misma decisión en donde el despacho ordena que será la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG- quien analizara los resultados del ejercicio de socialización y fundamentará o no la necesidad de modificar las tarifas por la prestación del servicio público de energía a los usuarios de la región.

Es por lo anterior que se requiere la aclaración del auto en relación con el alcance de la denominación de las reuniones como “mesas de concertación”.

- c) En el numeral primero del segundo punto de la parte resolutive se indica además que “las audiencias deberán ser coordinadas con los sujetos intervinientes y la parte actora.” Pero como la orden impartida en el numeral primero se impone solo a la Comisión de regulación de Energía y Gas, se solicita al despacho se sirva aclarar si a las reuniones de socialización y las mesas de concertación, cuando se menciona a los “sujetos intervinientes” también se involucra o no a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- d) En el numeral primero del segundo punto de la parte resolutive se indicó que: “Las dos (2) meses de concertación en cada Departamento, se harán como mínimo dentro de un (1) mes, de tal manera que todo el proceso de socialización y la realización de las audiencias y mesas.” Se solicita al despacho aclarar si la orden se refiere a que las dos reuniones deben llevarse a cabo dentro del periodo máximo de 1 mes, o si se refiere al término de 1 mes contado desde alguna fecha específica que por el error involuntario el despacho no indicó.

Sobre este punto vale la pena que el Despacho aclare si la orden impartida únicamente es exigible en el evento de que se presente a la Comisión de Regulación de Energía y Gas por parte de ELECTRICARIBE la modificación de tarifas o es exigible la presentación de informes aún cuando no se esté adelantando este trámite. Aunque sería lógica esta conclusión, se genera la duda cuando el despacho ordena la presentación de informes mensuales por parte de la Procuraduría.

- e) En el numeral segundo de la segunda parte resolutive el despacho ordenó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al Ministerio de Minas y Energía y a cualquier otra entidad que resulte competente, que antes de escoger el nuevo operador de la Empresa Electricaribe, establezca 2 meses de “concertación” las cuales se harán como mínimo dentro de un (1) mes, de tal manera que todo el proceso de socialización y la realización de las audiencias y mesas, deberán levantarse, contados a partir de la notificación de la presente

² <https://dle.rae.es/?id=A7p8kdC>

providencia. Por las mismas razones expuestas en el literal b) de este memorial, se solicita al despacho se aclare si la orden impartida se refiere a la “socialización” de la elección del nuevo operador de la empresa Electricaribe y el alcance de la denominación de las mesas como de “concertación.”

- f) En el numeral segundo de la segunda parte resolutive se indica que las mesas de concertación “se harán como mínimo dentro de un (1) mes, de tal manera que todo el proceso de socialización y la realización de las audiencias y mesas, deberán levantarse, contados a partir de la notificación de la presente providencia.” Se solicita al despacho se aclare si las dos audiencias deben realizarse dentro del mismo periodo de un mes, o si se refiere a que las dos audiencias deben realizarse dentro del término máximo de 1 mes contado a partir de la notificación del auto que ocurrió el día 12 de febrero de 2019. En caso de que la interpretación correcta sea la segunda, se solicita al despacho se tenga en cuenta que a la fecha se encuentra en curso los análisis y modelaciones necesarias, para definir el esquema de operación a adoptar relacionada con la escogencia de uno o varios nuevos operadores para la empresa ELECTRICARIBE y en consecuencia, la Superintendencia no tendría forma de socializar aspectos relacionados con este punto, y por ende la orden no podría ser cumplida. Aún en el evento de que en el futuro el esquema esté definido, tampoco podrá objeto de “concertación” como se sustenta en la fundamentación del recurso en este mismo escrito.
- g) En el numeral segundo de la segunda parte resolutive se indica que las mesas de difusión y concertación se realizarán con los usuarios del servicio de energía de la costa, pero en el párrafo anterior se indicó que por parte de los usuarios los participantes de las mesas serán los comités vocales de usuarios, y se hace necesario que se aclare si deben ser citados a las mencionadas mesas a unos u otros.

III. RESPECTO DE LOS RECURSOS DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO APELACIÓN

Siendo conocedor de que de acuerdo con el inciso tercero del artículo 285 del Código General del Proceso, establece que dentro del término de ejecutoria de la decisión que resuelva la solicitud de aclaración podrán interponerse los recursos contra la decisión objeto de aclaración, procedo desde ya a interponer y sustentar los recursos de reposición y en subsidio apelación amparado en el artículo 26 de la Ley 472 de 1998, en contra del auto de fecha 18 de enero de 2019 por medio del cual se decretaron medidas cautelares, sustentándolo en las causales a), b) y c) de la norma citada, y de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Régimen Tarifario de los Servicios Públicos Domiciliario – Sujeción a los principios constitucionales, legales y regulatorios vigentes

El régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios tiene origen constitucional, lo que obliga a que las autoridades, los prestadores y los usuarios, ajusten su comportamiento a los principios contenidos en la Constitución Política, y en las normas de menor jerarquía que dotan de contenido a los mandatos constitucionales.

Es así, que en cuanto a la fuente constitucional de dichos principios, el artículo 367 de la Carta Política señala con claridad que el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios se sustenta en los principios de (i) costos, del que se deriva el de suficiencia, y (ii) de solidaridad y redistribución de ingresos, del que se deriva la posibilidad de distribuir subsidios. Dicha norma, indica lo siguiente:

“Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y fi-

nanciación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

(...) La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.” (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Como puede verse, la citada disposición establece tres reglas en materia de fijación de tarifas; (i) la primera, relativa al hecho de que el régimen tarifario debe sujetarse a lo que disponga la Ley, (ii) la segunda, que tiene que ver con que dicho régimen deberá considerar los criterios de costos y de solidaridad y redistribución de los ingresos, y (iii) la tercera, referida a las autoridades competentes para fijar tarifas, cuya determinación corresponde, nuevamente, al legislador.

Dicho lo anterior, debe señalarse que la Ley 142 de 1994, en desarrollo de los citadas reglas superiores, estableció como entidades competentes para diseñar las fórmulas tarifarias y aprobar tarifas a las Comisiones de Regulación, y como entidades competentes para fijarlas a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, partiendo de la premisa de que la tarifa de los servicios públicos ha de responder a una estructura de costos particular por cada servicio y municipio y a un consumo por usuario, que es lo que se remunera vía tarifa.

De acuerdo con lo expuesto, es importante recordar que el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 establece, como función general a cargo de las Comisiones de Regulación, la de (...) Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.” (Subrayado fuera del texto original)

En concordancia con lo anterior, el artículo 88 ídem estipula lo siguiente:

“Artículo 88. Regulación y libertad de tarifas. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

88.1. Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer toques máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.” (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Conforme a lo dispuesto en las citadas normas, resulta claro que la facultad de fijar tarifas ha sido asignada, en forma exclusiva, a quienes prestan servicios públicos, los que al momento de desarrollar tal actividad, deben ceñirse, de acuerdo con el régimen de regulación que corresponda, a las órdenes que al respecto emita la Comisión de Regulación que corresponda, de acuerdo con el servicio de que se trate.

Por su parte, en el artículo 90 de la citada ley se establece que:

“Artículo 90. Elementos de las fórmulas de tarifas. **Sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las comisiones de regulación**, podrán incluirse los siguientes cargos:

90.1. Un cargo por unidad de consumo, que refleje siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos que varíen con el nivel de consumo como la demanda por el servicio;

90.2. Un cargo fijo, que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso.

Se considerarán como costos necesarios para garantizar la disponibilidad permanente del suministro aquellos denominados costos fijos de clientela, entre los cuales se incluyen los gastos adecuados de administración, facturación, medición y los demás servicios permanentes que, de acuerdo a definiciones que realicen las respectivas comisiones de regulación, son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia.

90.3. Un cargo por aportes de conexión el cual podrá cubrir los costos involucrados en la conexión del usuario al servicio. También podrá cobrarse cuando, por razones de suficiencia financiera, sea necesario acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura, siempre y cuando estas correspondan a un plan de expansión de costo mínimo. La fórmula podrá distribuir estos costos en alícuotas partes anuales.

El cobro de estos cargos en ningún caso podrá contradecir el principio de la eficiencia, ni trasladar al usuario los costos de una gestión ineficiente o extraer beneficios de posiciones dominantes o de monopolio.

Las comisiones de regulación siempre podrán diseñar y hacer públicas diversas opciones tarifarias que tomen en cuenta diseños óptimos de tarifas. Cualquier usuario podrá exigir la aplicación de una de estas opciones, si asume los costos de los equipos de medición necesario.” (Subrayas fuera del texto original)

De lo anterior se concluye que las entidades competentes para diseñar la metodología y los criterios con los cuales se construyen las tarifas de los diferentes servicios públicos son las Comisiones de Regulación de Agua y Saneamiento Básico- CRA, y de Energía y Gas – CREG, y no esta Superintendencia o los prestadores, aún en aquellos casos, en que estos últimos sean oficiales.

Es así, que el Decreto 1421 de 1998 establece como función de la CRA la de establecer las metodologías tarifarias aplicables a los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico (alcantarillado y aseo), mientras que lo propio hace el Decreto 27 de 1995 que establece como función de la CREG definir las metodologías y regular las tarifas de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible.

En cumplimiento de lo anterior, la CRA, ejerciendo la función mencionada anteriormente, expidió las Resoluciones 688 de 2014 y 735 de 2015 por las cuales se establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, las cuales son aplicables para prestadores que atiendan más de 5.000 usuarios, y la Resolución CRA 844 de 2018, aplicable a aquellos prestadores que atiendan hasta 5.000 usuarios. Para el caso del servicio público de aseo, la citada función se cumplió a través de la expedición de las Resoluciones CRA 720 de 2015 y 751 de 2016 aplicable para grandes prestadores y CRA 853 de 2018 referida a pequeños prestadores del citado servicio.

Dichas resoluciones pueden ser consultadas en la página web www.cra.gov.co.

Por otro lado, la CREG expidió la Resolución No. 119 de 2007 en la cual fijó las tarifas para el servicio de energía eléctrica, la Resolución CREG 011 de 2003 para el servicio de gas natural por redes y la resolución CREG 074 de 1996 para el servicio de gas licuado del petróleo – GLP, las cuales pueden ser consultadas, junto con sus reformas, en la página web www.creg.gov.co.

Dichas metodologías tarifarias son de obligatorio cumplimiento, so pena de sanción por parte de esta Superintendencia, quien en punto a este tema, solo tiene la función de vigilar la correcta aplicación de las metodologías tarifarias, sin que le sea posible concertar u ordenar que se adopte una determinada tarifa, máxime si se tiene en cuenta su función de vigilancia, inspección y control posterior a su aplicación.

Dado lo anterior, ordenar que esta Superintendencia concerté las tarifas a aplicar en un caso determinado, subvierte el orden constitucional y legal vigente, al despojar a las Comisiones de su función de diseño de las metodologías tarifarias, y a los prestadores de la relativa a determinar, de acuerdo con sus costos, las tarifas a aplicar.

DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN LA FIJACIÓN DE TARIFAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

El argumento de fondo de la decisión del Tribunal Administrativo del Atlántico consiste en la protección del derecho colectivo a la “participación democrática” del ciudadano en asuntos que afectan sus condiciones de vida, el cual, al ser aplicado el tema bajo estudio, conlleva para el despacho el derecho que le asiste al usuario del servicio de energía prestado por ELECTRICARIBE de participar de manera previa y efectiva en la adopción de decisiones relativas a las formulas tarifarias y a la participación en la elección de la solución que se llegue a tomar en relación con la contratación o no de uno o varios nuevos operadores del servicio de prestación del servicio público de energía eléctrica a los usuarios ubicados en la zona de influencia de la empresa.

En este ámbito se retoma la importante solicitud de aclaración del auto que decretó las medidas cautelares, en relación con la definición del alcance de la orden judicial consistente en “socializar” o “concertar” tanto las modificaciones tarifarias como los avances y análisis que se lleven a cabo en relación con la intervención que ha realizado la Superintendencia respecto de la empresa ELECTRICARIBE. Porque si la orden se refiere a la socialización de las mismas se puede compartir la decisión del despacho ya que su decisión se acopla al régimen de servicios públicos, a las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos y al debido derecho de participación democrática en las decisiones de la administración pública. Por el contrario, si con las órdenes impartidas por el Tribunal se sujeta la modificación de tarifas y la toma de decisiones se sujeta a la previa y obligatoria “concertación con los usuarios”, entendida esta concertación como la necesidad de que exista acuerdo integral respecto de las mismas, se generarían aún más graves complicaciones en la prestación del servicio de energía en la costa atlántica colombiana, ya que implicaría afectación grave al bien común, al comprometer la gestión financiera de la empresa, que ya por si es difícil, al punto de que ha sido necesaria la intervención en el grado máximo por parte del Gobierno Nacional.

Sujeta la modificación tarifaria o la selección de determinada alternativa de solución respecto de la problemática de ELECTRICARIBE, a un acuerdo previo con los usuarios atenta contra el bien común, ya que norma de la experiencia indica que el consumidor o usuario de un servicio, siempre va a pretender obtener el servicio de la forma más económica e incluso hasta el punto de ser gratuito, lo cual implicaría la imposibilidad física de llegar a un acuerdo entre las partes. Llamo la atención del despacho sobre el hecho de que justamente una de las pretensiones de la demanda pretende el subsidio del 100% del servicio a algunos estratos económicos. Y por ello, la orden del despacho en caso de ser entendida como “concertación”, vulnera el interés general y configura las causales a) b) y c) del artículo de la Ley 472 de 1998 como a continuación se analiza:

(a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger; porque lo que se pretende con la acción es garantizar un adecuado acceso a la prestación

de los servicios públicos domiciliarios, específicamente a la prestación del servicio de energía por parte a los usuarios de ELECTRICARIBE, el hecho de someter a una eventual “concertación” con los usuarios la modificación tarifaria o la selección de la contratación de determinada forma de solución al problema, comprometería la prestación del servicio en una medida inmensamente superior a la que actualmente se enfrentan los usuarios y en vez de proteger su derecho al acceso a los servicios públicos, se causarían perjuicios mayores al interés colectivo.

(b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público; porque como se explicó en el punto anterior con la orden de someter a “concertación” la modificación de tarifas y la eventual selección de la solución adecuada de uno o varios operadores, se pone en mayor riesgo la viabilidad financiera de la empresa ELECTRICARIBE poniéndose en riesgo en consecuencia la prestación del servicio de energía eléctrica en su área de influencia.

Y (c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable. Entendida la medida cautelar como “concertación” el cumplimiento de la medida cautelar no podría ser cumplida, ya que lograr una concertación entre los sujetos involucrados sería incierta con alto grado de imposibilidad, ya que los usuarios difícilmente van a aprobar el aumento de las tarifas de servicios públicos.

En relación con la fijación de las tarifas la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha propendido en sus resoluciones que la tarifa del servicio público refleje de la manera más clara los costos eficientes en que incurren los prestadores para la prestación del servicio con una utilidad adecuada, dando aplicación al artículo 87 de la Ley 142 de 1994 que establece los criterios para definir el régimen tarifario especialmente a:

“87.1. Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste.” (...)

“87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.”

Como puede observarse, el régimen tarifario además está orientado por los criterios de neutralidad, solidaridad, redistribución, simplicidad y transparencia, admitiendo que pueden estar involucrados en la prestación del servicio empresas privadas y que la prestación directa de los servicios públicos es excepcional. Con ello se desvirtúa la percepción de que la fijación de las tarifas obedece a criterios poco objetivos o caprichosos del prestador y que por ello, puedan ser objeto de negociación o de “concertación” entre las partes.

A continuación, se detalla la composición de la fórmula tarifaria en el servicio de energía de acuerdo con la reglamentación expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Las tarifas de energía eléctrica que cobran las empresas a sus usuarios en un mercado regulado, se enmarcan dentro del esquema de régimen regulado establecido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), lo que quiere decir que el regulador define la metodología y las fórmulas con las que se remuneran las actividades inherentes a la prestación del servicio público de energía eléctrica.

Lo anterior implica que las empresas tienen un límite regulatorio para definir el precio por kilovatio hora (\$/kWh) que cobrarán a sus usuarios, a excepción que se trate de usuarios no regulados que, debido a su alto consumo y el cumplimiento de otras condiciones establecidas por la CREG (Resolución CREG 131 de 1998), pueden negociar libremente los componentes de Generación y Comercialización de las tarifas con los comercializadores de energía eléctrica del país.

La Resolución CREG 119 de 2007, que derogó a la Resolución CREG 031 de 1997, marcó el inicio del periodo tarifario que actualmente se aplica en Colombia y define la metodología para la remuneración de la actividad de comercialización de energía eléctrica y complementada y modificada a través de resoluciones expedidas por la CREG.

Así las cosas, el régimen tarifario actual estableció que el Costo Unitario de Prestación del Servicio (CU) está conformado por la suma de los componentes de Generación (G), Transmisión (T), Distribución (D), Comercialización (C), Pérdidas (P) y Restricciones (R). A continuación, se muestra lo anteriormente mencionado y el porcentaje de participación promedio que tiene cada componente en la conformación del Costo Unitario de Prestación del Servicio (CU_v) así como la definición, explicación y factores de variación de cada uno de ellos:

$$CU_{v,n,m} = G_m + T_m + D_{n,m} + C_{v,m} + PR_{n,m} + R_m$$

Generación 30% Transmisión 7% Distribución 40% Comercialización 13% Pérdidas 7% Restricciones 3%

| Componente | Definición del Componente | Explicación | Factores de variación |
|--|---|---|--|
| Generación: <i>G_{m,i,j}</i> | Costo de compra de energía (\$/kWh) para el mes m, del comercializador minorista | Costo de compra de energía en bolsa o por medio de contratos a largo plazo. | Contratos: Indexación por medio de IPC Bolsa: Varía hora a hora de acuerdo con las condiciones del mercado |
| Trasmisión: <i>T_m</i> | Costo por uso del Sistema Nacional de Trasmisión (STN) (\$/kWh) para el mes m. Liquidado por LAC | Es el valor único para todos los comercializadores con el cual se paga el <i>transporte</i> de energía de las plantas generadoras hasta las redes del STR | La actualización se realiza con el índice de Precios al Productor (IPP). Varía mensualmente por las variaciones en la demanda. |
| Distribución: <i>D_{n,m}</i> | Costo por uso del Sistema de Distribución (STR) (\$/kWh) correspondiente al nivel de tensión n para el mes m. Los cargos para remunerar los define la LAC. | Corresponde al valor que se paga por <i>transportar</i> la energía desde el STN hasta el usuario final a través del STR. El Ministerio de Minas y Energía junto con la CREG definieron la conformación de las ADD que agrupan el cargo de Distribución de empresas que comparten ciertas características a través de un cargo unificado denominado DtUN. | La actualización se realiza con el índice de Precios al Productor (IPP). Varía mensualmente |
| Comercialización: <i>C_{v,m,i,j}</i> | Margen de comercialización correspondiente al mes m, del comercializador minorista. (\$/kWh) | Remunera costos asociados a la comercialización: margen de la actividad, riesgo de cartera, contribuciones, pagos al administrador del mercado. | La actualización se realiza con el índice de Precios al Consumidor (IPC). Varía mensualmente. |
| Restricciones: <i>R_{m,i}</i> | Costo de restricciones y de Servicios asociados con generación asignados al Comercializador Minorista i en el mes m. (\$/kWh) | Corresponde a los costos de la generación más costosa que debió utilizarse para que el STN opere de manera segura y/o por las limitaciones de su red. | Es variable por cuanto depende principalmente de la magnitud de la disponibilidad de los activos de trasmisión. Varía mensualmente. |

| | | | |
|---|--|---|---|
| Perdidas: <i>PR_{n,m,i,j}</i> | Costo de compra, transporte y reducción de pérdidas de energía acumuladas hasta el nivel de tensión n, para el mes m, del comercializador minorista. | Corresponde al costo reconocido de pérdidas de energía que por razones técnicas o no técnicas se pierden en el STN, STR, SDL; así como los costos de los programas de reducción de pérdidas no técnicas que se realicen por mercado de comercialización | Varía por empresa de acuerdo al costo aprobado. |
|---|--|---|---|

Adicionalmente, las tarifas reguladas calculadas por las empresas mensualmente deben ser publicadas en un periódico de amplia circulación de acuerdo al artículo 18 de la Resolución CREG 119 de 2007, con el objeto de informar al usuario el valor de la energía que le va a ser facturada. A la fecha las empresas publican sus tarifas en diferentes diarios de circulación en el país y en sus páginas web.

El Costo Unitario de Prestación del Servicio (CU) también depende del nivel de tensión al que pertenezca el usuario, y para el nivel de tensión 1 es posible reconocer al mismo la propiedad del activo mediante el descuento del cargo de inversión en el valor del componente de Distribución.

Posterior al cálculo del Costo Unitario de Prestación del Servicio (CU) por parte de las empresas, estas establecen el valor de las tarifas a los usuarios de acuerdo a la estratificación y a los subsidios otorgados por la Ley. Lo anterior con base en las Leyes 142 de 1994 y 286 de 1996, mediante las cuales el Gobierno Nacional creó el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos - FSSRI como un fondo cuenta para administrar y distribuir los recursos asignados del Presupuesto Nacional y del mismo fondo, destinados a cubrir los subsidios del servicio público domiciliario de energía eléctrica a los usuarios de menores ingresos.

| | |
|---|---|
| Tarifa estrato 1,2 | = CU - Subsidio L. 812/2003 y 1117/2006 |
| Tarifa estrato 3 | = CU - Subsidio Ley 142 de 1994 |
| Tarifa estrato 4 y Oficial | = CU (tarifa plena) |
| Tarifa estrato 5,6, industrial y comercio | = CU + Contribuciones |

Este subsidio aplica hasta el definido por la UPME como **Consumo de Subsistencia** que corresponde a la cantidad mínima de electricidad utilizada en un mes por un usuario típico para satisfacer las necesidades básicas que solamente puedan ser satisfechas mediante esta forma de energía final. La UPME ha definido los rangos de consumos de subsistencia de la siguiente manera:

- **Resolución UPME 0355/04:** El Consumo de Subsistencia en alturas iguales 0 superiores a 1000 msnm es de 130 kWh/mes y para alturas inferiores a 1000 msnm el consumo de subsistencia es de 173 kWh/mes.
- **Resolución UPME 0013/05:** Para barrios subnormales: Consumo de Subsistencia es de 184 kWh/mes para alturas inferiores a 1000 metros sobre el nivel del mar y en 138 kWh/mes para alturas iguales o superiores a 1000 msnm.

Adicional al FSSRI, existe el Fondo de Energía Social (FOES), que se definió como un fondo especial del orden nacional con el objeto de cubrir, de hasta cuarenta pesos (\$40) por kilovatio hora del valor de la energía eléctrica destinada al consumo de subsistencia de los usuarios residenciales de estratos 1 y 2 de las Áreas Rurales de Menor Desarrollo, Zonas de Dificil Gestión, y Barrios Subnormales, financiado con los recursos provenientes del ochenta por ciento (80%) de las rentas de congestión calculadas por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, como producto de las exportaciones de energía eléctrica a los países vecinos dentro de los Convenios de la Comunidad Andina de Naciones.

Prorrogado mediante el artículo 59 de la Ley 1151 de 2007 que contiene el Plan Nacional

de Desarrollo para el período 2006 - 2010, se estableció que el Ministerio de Minas y Energía continuará administrando el Fondo de Energía Social como un sistema especial de cuentas, con el objeto de cubrir, a partir de 2007, hasta cuarenta y seis pesos (\$46) por kilovatio hora del valor de la energía eléctrica destinada al consumo de los usuarios ubicados en zonas de difícil gestión, áreas rurales de menor desarrollo y en zonas subnormales urbanas definidas por el Gobierno Nacional. No se beneficiarán de este Fondo los usuarios no regulados. (Reglamentado inicialmente mediante Decreto 4978 de 2007).

Con el Artículo 103 de la Ley 1450 de 2011 (Plan de Nacional de Desarrollo para el periodo 2010 - 2014), se dio continuidad a este fondo con el objeto de cubrir, a partir del 2011 hasta cuarenta y seis pesos (\$46) por kilovatio hora del valor de la energía eléctrica destinada al consumo de subsistencia de los usuarios residenciales de estratos 1 y 2 de las Áreas Rurales de Menor Desarrollo, Zonas de Difícil Gestión, y Barrios Subnormales. El manejo de los recursos del fondo será realizado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Este artículo es reglamentado por el Decreto 111 del 22 de enero de 2012, el cual establece que la distribución de recursos se realiza de acuerdo al registro de las áreas especiales y los consumos de los usuarios ubicados en dichas zonas.

Explicados los diferentes subsidios y el consumo de subsistencia, los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 (usuarios de menores ingresos), reciben subsidios por concepto del FSSRI de hasta el 60%, 50% y 15% respectivamente, sobre el Costo Unitario de Prestación del Servicio, aplicables al denominado Consumo de Subsistencia (CS). El valor del porcentaje aplicado a cada estrato es definido por cada empresa respetando los rangos descritos anteriormente y solo hasta el consumo de subsistencia, es decir que, si un usuario con derecho al subsidio consumió en el mes un valor por encima del CS, a partir del CS se le cobrará la energía con la tarifa plena correspondiente a la definida para el estrato 4.

Los usuarios de los estratos 5 y 6 (usuarios residenciales de mayores ingresos), así como los usuarios pertenecientes al sector comercial e industrial, pagan una contribución del 20% sobre el Costo Unitario de Prestación del Servicio, con destino a cubrir los subsidios otorgados a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3.

Los usuarios del estrato 4 así como los servicios especiales como hospitales, clínicas, puestos y centros de salud, centros educativos y asistenciales sin ánimo de lucro, no pagan contribuciones ni reciben subsidio.

A partir de la expedición de los decretos 2915 de 2011, 4955 de 2011 y el 2860 de 2013 los usuarios industriales cuya actividad económica principal se encuentre registrada en el Registro Único Tributario (RUT), en los Códigos 011 a 360, 581 Y 411 a 439 de la Resolución 000139 de 2012 expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) podrán solicitar la exención del pago de contribución de solidaridad.

Ahora bien, los usuarios pertenecientes a estratos 1 y 2 y que estén clasificados dentro alguna de las tres áreas especiales mencionadas anteriormente en este documento, tienen derecho al subsidio adicional al FSSRI denominado FOES.

Por ello se considera que las medidas cautelares decretadas desconocen el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y que entendidas las órdenes como "concertación" amparando el derecho a la participación democrática de los usuarios, se lesiona y de manera grave, los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos, y a que su prestación sea eficiente y oportuna y el acceso a la una infraestructura de servicios públicos que garantice la prestación de los servicios públicos, así, como el derecho de los consumidores y usuarios de los servicios públicos de energía prestados por ELECTRICARIBE S.A. ESP:

DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN LA CONTRATACIÓN DE OPERADORES POR PARTE DE ELECTRICARIBE CON LOS USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA EN LA COSTA CARIBE.

En el mismo sentido que en el numeral anterior, la orden consistente en “concertar” la contratación de operadores por parte de ELECTRICARIBE, desconoce el régimen de servicios públicos y las medidas adoptadas en un proceso de intervención que precisamente tiene como propósito, salvaguardar y garantizar la prestación de los servicios públicos y el derecho colectivo al acceso a los mismos y que su prestación se eficiente y oportuna. Con la medida cautelar entendida la “concertación” como acuerdo previo y necesario para que ELECTRICARIBE pueda implementar la medida más efectiva para cumplir con la protección a los usuarios, se afecta el desarrollo e implementación de medidas técnicas que están orientadas en el cumplimiento de la normatividad de los servicios públicos (legalidad) y que incluso pueden tener poca aceptación por los usuarios pero que son necesarias y responsables a la luz de la protección del bien jurídico superior de la garantía de la prestación de los servicios públicos.

Este apoderado no desvirtúa ni desconoce el derecho a la participación democrática de los usuarios en las decisiones de la administración pública, sino que advierte que justamente la medida extrema de intervención se encuentra justificada y sustentada en la protección de los derechos colectivos de: El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y los derechos de los consumidores y usuarios. Derechos colectivos que se encuentra expresamente protegidos por los literales j) y n) el artículo 4 de la Ley 472 de 1994.

La Corte Constitucional al respecto ha manifestado que:

“En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.”³

Así las cosas no encontramos frente a una situación en la cual se enfrentan varios derechos colectivos y debe el operador judicial buscar un equilibrio práctico para no afectar el acceso a la prestación de los servicios públicos, ya que la participación democrática no debe tener el alcance de una concertación, ya que existen razones técnicas, financieras y comerciales para estructurar el proceso licitatorio y cumplido éste, adjudicar a un nuevo operador, permitiendo así llegar a una solución efectiva para la empresa intervenida.

Por si fuera poco, hacer prevalecer el derecho de la participación democrática bajo el entendido de una “concertación – aprobación” implicaría un desconocimiento directo de los preceptos constitucionales de libertad de empresa y la libre competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y de los legales desarrollados la ley 142 de 1994.

La toma de posesión es una forma de intervención en la economía que busca preservar la prestación de un servicio público, cuando las empresas que estén a cargo de la prestación del mismo se encuentren incurso en algunas de las causales que establecen las normas que regulen el servicio de que se trate, colocando en riesgo la efectiva prestación de dicho servicio.

La toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es una medida de intervención **que tiene por objeto salvaguardar la prestación del servicio a todos los habitantes del territorio nacional y que goza de protección constitucional.**

³ Sentencia T-425 de 1995 Corte Constitucional M.P:Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

En efecto, como se citó previamente los artículos 365 y 370 de la Constitución Política establecen que los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado, al cual le corresponde asegurar su prestación eficiente. Igualmente, establecen que corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las empresas que lo presten, lo que incluye la intervención de aquellas que no cumplan las disposiciones legales y técnicas que los regulan, o los niveles de eficiencia requeridos, tal y como lo dispone el artículo 58 de la Ley 142 de 1994.

Con la toma de posesión de empresas de servicios públicos, esta Superintendencia realiza funciones de intervención en la economía tendientes a preservar el interés público.

Lo anterior implica la adopción de decisiones en ese sentido, las cuales prevalecen sobre las que adopten las administraciones municipales, quienes no comparten la función de fijación de políticas, vigilancia control e intervención.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra, en sentencia del 24 de febrero de 2005 proferida dentro de la acción interpuesta por Alberto Poveda Perdomo en contra de las Empresas Públicas de Neiva y otros, señaló frente al tema:

“Como ya se advirtió, la implantación de este “nuevo servicio público” exige una intervención fuerte de las autoridades del sector en orden a proteger al usuario final, dentro de las cuales, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios es expresión esencial del papel directivo del Estado en la economía, como que éste se reserva, en una economía concurrencial, las funciones de policía administrativa en razón a las externalidades propias del mercado. La Superintendencia de Servicios Públicos encarna, pues, el rol insustituible del Estado: ese reducto de lo público que no puede ser deducido por la racionalidad privada”.

A su turno, el 26 de enero de 2006, con ponencia de la consejera Ruth Stella Correa Palacio, en uno de los apartes de la sentencia proferida dentro de la acción popular incoada por la Corporación Colombia Transparente en contra de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, la misma Corporación manifestó:

“La Ley 142 de 1994 previó – dentro de los instrumentos de intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios - “todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley”. Entre esas atribuciones, esta ley de intervención económica señaló las atinentes al “control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia” (numeral 3.4 del artículo 3°). De allí que las funciones de policía administrativa – asignadas directamente por la Constitución (art. 370) a la Superintendencia de Servicios Públicos – configuran uno de los instrumentos más representativos de la intervención estatal en este mercado que, al decir de la jurisprudencia de esta Corporación, busca preservar el interés colectivo.

Dentro del amplio repertorio de responsabilidades asignadas a esta autoridad de origen constitucional (art. 79 de la ley 141(sic), modificado por el artículo 689, art. 5 del Decreto 990 de 2002) quizás la que configura un mayor poder de intervención del Estado para la racionalización de la economía, es la toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en los casos y para los propósitos establecidos en el artículo 59 de la ley 142 de 1994 y las disposiciones concordantes, habida cuenta que se trata de una medida extrema que comporta el desplazamiento del prestador por parte del Estado.”

La Superintendencia de Servicios Públicos en calidad de autoridad de intervención realiza la estructuración e implementación de un esquema de solución que garantice en el largo plazo la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos a cargo de la intervenida,

en cumplimiento de los artículos 365 y 370 de la Constitución Política, según los cuales los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado y a éste le corresponde asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, en concordancia con los artículos 58 y 59 de la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, las normas que regulan la toma de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios, son las contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus decretos reglamentarios, tal y como lo dispone el artículo 121 de la Ley 142 de 1994, debiéndose entender que las referencias que dicho régimen realice a la Superintendencia Bancaria (hoy financiera) o al FOGAFIN, se deben entender hechas a la Superintendencia de Servicios Públicos.

Dichas disposiciones establecen, entre otros aspectos, los efectos de la toma de posesión, incluyendo dentro de los mismos, la separación de los administradores de la empresa de que se trate.

Frente al particular el Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, en sentencia del 3 de marzo de 2005 con ponencia de la Magistrada María Elena Giraldo Gómez, señaló:

“La Constitución Política señala que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, y que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito (arts. 334 y 335). En virtud de dicho precepto, el Congreso expidió la ley 35 de enero 5 de 1993 en la cual se le otorgaron facultades al Gobierno Nacional para regular esa actividad y para intervenir en su desarrollo; se dejó en cabeza del mismo las facultades de regulación ordinaria, asignadas a la Superbancaria (art. 33); se dispuso que el Gobierno adoptará las medidas de intervención, y que, dentro de los tres meses siguientes a su sanción, “el Gobierno tendrá la facultad para incorporar al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las modificaciones aquí expuestas y hará en dicho estatuto las modificaciones de ubicación de entidades y del sistema de titulación y numeración que se requieran” (art. 36). Y con base en estas facultades, el Gobierno Nacional expidió el decreto ley 663 de 2 de abril de 1993 “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”. Ahora: para cuando se expidieron u ocurrieron, según el caso, los actos, hechos y omisiones de los cuales la demandante hace derivar el perjuicio que pretende se le indemnice, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no había sido reformado o modificado por la ley 510 de agosto 3 de 1999. El Capítulo XXI original de dicho Estatuto dispone la toma de posesión; el artículo 114 establece las causales; el artículo 115 señala que la toma de posesión se hace “para su administración o para su liquidación”; y el artículo 117 enlista los efectos de la toma de posesión para administrar, como la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida y la separación del revisor fiscal, y que dicha posesión se conservará hasta cuando se subsanen las causas que hayan dado lugar a la adopción de la medida. Según el artículo 295 ibídem el Liquidador, que para los efectos se asimila al Agente Especial para administrar, ejercerá funciones públicas administrativas transitorias, y la Corte Constitucional coincide en dicha definición, al catalogarlo como un particular que ejecuta un encargo de una entidad pública, que puede ser una persona natural o jurídica. De lo anterior, queda claro que la intervención del Gobierno Nacional en la economía y en las actividades del ramo, es función eminentemente pública y se hace a través de sus Agentes Especiales y Liquidadores que para el efecto están representando al Estado, y desplazan a los administradores naturales de las entidades y empresas intervenidas.” (El subrayado es nuestro).

SOCIALIZACION DEL REGIMEN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA PRESTACION DE LOS MISMOS

Por lo anterior se considera importante establecer el régimen de servicios públicos, el alcance y motivación de la intervención del estado en la prestación de los servicios públicos y definir el procedimiento de conformación de las tarifas de los mismos, para demostrar que la regulación busca cumplir con criterios de eficiencia de costos y de utilidad adecuada, teniendo en cuenta que la ley 142 de 1994 permite la participación de entidades privadas en la prestación de los mismos.

El capítulo V de la Constitución Política fija la finalidad “social” del Estado y de los servicios públicos, y se desarrolla este principio en el artículo 365 que establece:

“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

A su turno el artículo 366 establece como objetivo fundamental del Estado, y como unos de los fines sociales del mismo, el saneamiento ambiental y el agua potable, en los siguientes términos:

“ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.”

Los artículos 367 y 369 de la Constitución indican que la Ley determinará los derechos y deberes de los usuarios, las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de estos servicios de la siguiente forma:

“La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.”

ARTICULO 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

Y el artículo 370 fija en el Presidente de la República la facultad de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

La sentencia C-741 de 2003 de la Corte Constitucional amparó la intervención del estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios así:

“el ejercicio de esta potestad está orientado por varios deberes relevantes a la hora de regular los servicios públicos domiciliarios: (i) el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (Artículo 365 CP); (ii) el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (Artículo 366, CP); (iii) el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (Artículos 365 y 367, CP); y (iv) el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios (Artículo 369, CP).

Si bien es cierto que, tal como lo establece el artículo 365 Superior, los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, el logro de las finalidades sociales que justifican su prestación no está totalmente librada a las condiciones del mercado. Por ello, para asegurar el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C.P.), y de lograr el objetivo fundamental de la actividad estatal consistente en dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.), el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios públicos. Tal como lo resaltó la Corte recientemente, tan “importante es el mencionado objetivo constitucional que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos (art. 365 inc. 2 de la C.P.).”

“La intervención estatal en esta materia se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, sino también para corregir las imperfecciones del mercado en materia de condiciones de competitividad, o para protegerlo de acciones orientadas a romper el equilibrio que debe regirlo. Por ello, tal como lo reiteró recientemente esta Corporación, “la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad (...) – se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad.

Estos criterios constitucionales evidencian que el alcance de la potestad de configuración del Legislador en materia de servicios públicos si bien es suficiente, —pues se extiende a todos los aspectos de su prestación, vigilancia y control—, no es ilimitado, porque el ejercicio de dicha potestad debe estar encaminado a la consecución de los fines superiores que establece la Carta y orientado por los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros. Por ello, las limitaciones que establezca el Legislador a derechos como la libertad de asociación, el derecho a la participación, la libertad de empresa y la libre competencia, deben ser examinadas a la luz de tales fines y principios.”

Así las cosas, a pesar de que la Constitución Política en su artículo 333 garantiza el derecho a la libertad económica y la iniciativa privada, debe tenerse en cuenta que su ejercicio debe enmarcarse dentro de los límites del bien común. Precisamente el artículo 334 de la Carta Política establece la facultad a cargo del Estado de intervenir en los servicios públicos y privados para el cumplimiento de los fines del Estado.

Así lo plasma la Corte Constitucional en la sentencia C-247 de 1997 al indicar: “El Constituyente de 1991 concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los fines del Estado Social de Derecho (CP, Artículo 365), con el deber correlativo de una realización eficiente para todos los integrantes del territorio nacional, dada la estrecha vinculación que los mismos mantienen con la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, con la vida y la salud.”

En la sentencia C-741 de 2003 con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda se establece el

marco normativo constitucional de los servicios públicos de la siguiente manera:

“El marco constitucional para la regulación de los servicios públicos [14] está compuesto por varios de los principios fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución (Artículos 1, 2 y 5, CP); por ciertos derechos específicos consagrados en el Título II de la misma (Artículos 48, 49, 56, 58, 60 propiedad, 64, 67 educación, 76, 77 y 78, CP.); por las disposiciones relativas a la potestad de configuración del legislador y la potestad reglamentaria del Presidente en materia de servicios públicos (Artículos 150, numeral 23 y 189, numeral 22, respectivamente, CP); por las normas relativas a las competencias de las entidades territoriales en materia de servicios públicos (Artículos 106, 289, 302, 311 y 319, CP); por las normas del régimen económico y de hacienda pública (Artículos 333 y 334, CP) y, por las disposiciones del Título XII, capítulo 5 de la Constitución, que definen “la Finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos” (Artículos 365 a 370, CP).

De conformidad con este marco se le ha confiado al Legislador la misión de formular las normas básicas relativas a la naturaleza, la extensión y la cobertura del servicio público, su carácter de esencial, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, la permanencia, la calidad y la eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, sus deberes y derechos, el régimen de su protección y las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten un servicio público, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce la inspección, el control y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente.”

Adicional a lo antes expuesto, debe recordarse que el alcance de las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, también se encuentra delimitado por la Constitución y la Ley, por lo que las autoridades, incluidas dentro de ellas las dotadas de funciones jurisdiccionales, deben ajustar sus decisiones al marco normativo vigente, de forma que no se generen contradicciones entre las funciones de IVC propias de la Superintendencia y las de administración correspondientes a sus vigilados.

En punto a lo anterior, debe indicarse que el artículo 367 superior asignó las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios a esta Superintendencia.

Con base en la anterior norma constitucional, el legislador ordinario creó, por medio del artículo 75 de la Ley 142 de 1994 a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad a la que se le delegó la función presidencial de inspección y vigilancia, en los siguientes términos:

“Artículo 75. Funciones presidenciales de la superintendencia de servicios públicos. El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se refiere esta Ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados.” (Subrayas propias)

Por su parte, el artículo 79 ídem estableció las funciones específicas a cargo de la Superintendencia, mismas que posteriormente fueron reglamentadas a través del Decreto 990 de 2002. De dicho artículo, que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, destacan sus dos primeros numerales, según los cuales:

“Artículo 79. Funciones de la Superintendencia. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de esta las siguientes:

1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte

en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los "comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios"; y sancionar sus violaciones. (...)

Ahora bien, al realizar una lectura de las funciones descritas en la Ley 142 de 1994 y en el Decreto 990 de 2002, se puede concluir, tal y como se indicó en el Concepto SSPD – OJ 206 de 2017, que las mismas *"...circunscriben el ámbito de competencia de esta Superintendencia a inspeccionar, vigilar y controlar el cumplimiento de: (i) los contratos de servicios públicos que celebren las prestadoras de servicios públicos domiciliarios con los usuarios y (ii) las leyes, reglamentos, regulaciones y demás normas del ordenamiento jurídico a las que deban sujetarse los prestadores de servicios públicos domiciliarios."*, sin que le resulte posible a la entidad participar en la administración de los prestadores, lo que podría hacerse, por ejemplo, a través de un ejercicio de concertación de tarifas u otros aspectos, cuya decisión es del resorte exclusivo de estos, sin perjuicio del desarrollo posterior, por parte de esta Superintendencia, de las funciones de supervisión a ella encomendadas.

Lo anterior, se confirma con la lectura de la primera parte del párrafo del citado artículo 79, según el cual *"En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya (...)"*, norma que guarda absoluta coherencia con el régimen de funcionamiento de la entidad, que no podría vigilar con objetividad un acto, en cuya producción haya tenido participación.

De acuerdo con lo expuesto, esta Superintendencia inspecciona, vigila y controla la efectiva, eficaz y continua prestación de los servicios públicos domiciliarios, definidos por la Corte Constitucional, en sentencia T – 578 de 1992, como *"aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas"*.

En relación con las citadas funciones, y específicamente en lo que tiene que ver con la posibilidad de sancionar las violaciones al régimen jurídico vigente, el Consejo de Estado, en sentencia con radicado No. 6214 del 07 de septiembre de 2000 y con ponencia de la Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, señaló lo siguiente:

"Por mandato de la norma superior de nuestro ordenamiento jurídico, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad de creación constitucional (art. 370) se le encomendó el ejercicio de las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios.

Tal actividad supervisora, como corresponde al ámbito de la policía administrativa, implica los componentes de potestad de mando y potestad coercitiva. La primera, para adoptar las medidas tendientes a garantizar la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, en términos de calidad, transparencia y oportunidad; la segunda, instrumento propio de la intervención estatal, que le impone actuar por las violaciones contra la ley y los actos administrativos que sujetan la actividad del referido servicio.

El régimen de inspección y vigilancia, acompaña a la entidad sujeta al mismo, desde antes de su nacimiento a la vida jurídica, autorizando su constitución previa verificación del cumplimiento de los requisitos dispuestos por la ley, hasta el momento de su extinción, bien sea que ésta se determine por decisión de los asociados, producida conforme al contrato social, o bien, por la adopción de una medida de in-

tervención gubernamental que conlleve su liquidación forzosa mediante los cauces establecidos en la ley.

La sujeción a dicho régimen especial ha sido entendida por la jurisprudencia como la contrapartida necesaria frente a los derechos y prerrogativas de autoridad pública que se reconocen a las empresas de servicios públicos domiciliarios, y, como herramienta de la intervención estatal orientada a controlar que la relación jurídica entre el usuario y la empresa cumpla el cometido que se concreta en el derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación”

De otra parte, y en relación con la definición concreta de las actividades inspección, control y vigilancia, conviene citar a la Corte Constitucional, quien en Sentencia C – 570 de 2012 definió tales actividades de la siguiente manera:

“Las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones. Como se puede apreciar, la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control”

Dichas definiciones, que fueron dadas por la Corte Constitucional en relación con las funciones supervisoras de las Corporaciones Autónomas Regionales, aplican de igual forma a las Superintendencias, en la medida en que para estas tampoco existe una definición legal de cada una de sus funciones, y dentro de ellas no se incluye, ni puede incluirse, la de participar en la elaboración de actos y/o contratos de los sujetos sometidos a su vigilancia.

Desde esa óptica, y si bien la entidad puede participar en eventos de socialización en donde los usuarios tengan consciencia de sus derechos, no puede construir o participar en la construcción de las tarifas de quienes prestan servicios públicos domiciliarios, pues, como se ha dicho, lo anterior (i) subvertiría el orden constitucional, legal e institucional de los servicios públicos domiciliarios, y (ii) contradeciría el régimen funcional, constitucional, legal y jurisprudencial atribuido a la entidad, en su condición de institución de policía administrativa.

En este escenario la ley 142 de 1994 desarrolla la facultad de intervención del estado en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, 365, 367, 368 369 y 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios. “ (...)

“2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.

2.5. Prestación eficiente. “

Para estos efectos la misma Ley 142 de 1994 en el artículo 3 dota de herramientas a las entidades públicas para llevar a cabo esta intervención, las cuales para este caso se concretan en: regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta la

calidad y el control y vigilancia de la observancia de las normas sobre la materia.

En ejercicio de los principios mencionados se profirió la Ley 1753 de 2015, en cuyo artículo 87 se modificó el numeral 11 del artículo 79° de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13° de la Ley 689 de 2001 quedando de la siguiente manera:

ARTÍCULO 87. Evaluación de la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos., el cual quedará así:

“11. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes. **La Superintendencia podrá imponer programas de gestión** para las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio, los cuales estarán basados en los indicadores de prestación y la información derivada de la vigilancia e inspección efectuadas a las mismas, cuyo incumplimiento podrá ser sancionado en los términos de esta ley. De igual manera podrá definir criterios diferenciales para adelantar el control, inspección y vigilancia a los prestadores de acueducto, alcantarillado y aseo en áreas rurales”. (Negrilla fuera de texto)

Como se desprende de la norma citada, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios fue facultada con el poder discrecional de imponer programas de gestión a las empresas de servicios públicos. En uso de dicho poder discrecional, la SSPD profirió la Resolución No. 20161300011605 del 2 de mayo de 2016 por medio de la cual impuso a ELECTRICARIBE el programa de gestión "Energía Digna para el Caribe".

A través de la Resolución No. 20161300015695 del 8 de junio de 2016, la SSPD resolvió el recurso de reposición presentado por ELECTRICARIBE, acto administrativo en el cual se confirmó en su gran mayoría el contenido del programa de gestión "Energía digna para el Caribe"

Además, como bien lo conoce el despacho por ser un hecho notorio, en ejercicio de sus funciones de control, y mediante la Resolución SSPD 20161000062785 del 14 de noviembre de 2016, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios efectuó toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la sociedad Electrificadora del Caribe (Electricaribe) S.A. E.S.P., el 15 de noviembre de 2016.

La medida busca asegurar la prestación del servicio de energía eléctrica en los departamentos abastecidos por Electricaribe: Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena y Sucre, ante el riesgo en la prestación del servicio.

La toma de posesión fue motivada precisamente por encontrarse incurso en dos de las causales previstas en la Ley 142 de 1994:

- Una situación financiera que puede llevarla a una inminente cesación de pagos, en los términos del numeral 7 del artículo 59 de la citada ley.
- No estar en condiciones de prestar el servicio de energía con la continuidad y calidad debidas (numeral 1 del artículo 59).

Por medio de la Resolución No. SSPD – 20171000001355 se resolvió el recurso interpuesto contra la resolución que ordenó toma de posesión de Electricaribe, confirmando a decisión inicial.

Y, a través de la Resolución No. SSPD – 20171000005985 se definió la modalidad de la toma de posesión de Electricaribe S.A. E.S.P. que será para efectos liquidatorios

Como puede observar el despacho, tanto el cometido de la intervención del estado en los servicios públicos como las funciones de control y vigilancia por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se han ejercido adecuadamente.

EN RELACION CON EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA QUE PROCEDIERA LA MEDIDA CAUTELAR

El honorable Tribunal Administrativo del Atlántico citó los artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998 que tratan sobre las medidas cautelares, analizó su procedencia a la luz de artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo e incluso descartó que esta norma hubiera derogado la Ley 472 de 1998, argumentando que las medidas cautelares deben ser interpretadas armónicamente.

En relación con la prueba de la alegada vulneración al derecho colectivo de la protección de los consumidores del servicio de energía de la zona caribe del país, indicó el despacho que:

“según lo relatado por el actor y las pruebas obrantes en el proceso, no se satisface de forma correcta y completa, toda vez que se presta con aparentes y constantes deficiencias, generando múltiples interrupciones en el servicio, además de los elevados costos en las tarifas que pagan los usuarios al recibirlo. Y para el actor, lo relatado en su demanda y su petición de medidas es motivo suficiente para que el juez popular intervenga en pro de la garantía de la participación democrática de los usuarios del servicio público de energía en la zona caribe del País.”

Por ello consideró que: “bajo este escenario, se encuentra que las pruebas y fundamentos de derecho alegados por el actor, resultan suficientes para considerar que por lo menos en esta etapa previa, que tanto la demanda como la solicitud de medidas cautelares se encuentran debidamente fundamentadas...”⁴

En este punto me permito disentir de la opinión del despacho porque se tuvieron como hechos ciertos y probados situaciones que en el expediente no figura, y que se llevaron a cabo interpretaciones que carecen de prueba. En relación con las falencias en la prestación del servicio de energía eléctrica por parte de ELECTRICARIBE, no existe discusión alguna, porque precisamente por ello, es que se generó la intervención de la empresa por parte de la Superintendencia. Me refiero específicamente a que a juicio del Tribunal existen elevados costos en la tarifa, lo cual no se encuentra demostrado, no existió ningún parámetro que le permita al despacho establecer que las tarifas aplicadas a los usuarios de la empresa ELECTRICARIBE en la actualidad sean altos, y que como consecuencia de ello se esté vulnerando el derecho colectivo a la participación democrática de los usuarios de la empresa.

IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA ACCION

Finalmente debo indicar al despacho que las medidas cautelares decretadas no guardan relación con las pretensiones de la demanda, ni con los derechos invocados como vulnerados por el actor. Vale la pena citar las pretensiones de la acción a continuación:

PRIMERO: que el Ministerio de Minas y Energía adopte las medidas que sean necesarias para que el estado colombiano, adquiera la totalidad de la participación accionaria de la compañía ELECTRICARIBE S.A. ESP: y en consecuencia, para que ELECTRICARIBE S.A. ESP. sea una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios en los términos de la Ley 142 de 1994.

SEGUNDO: Que el Ministerio de Minas y Energía, disponga y/o gestione los recursos presupuestales que sea necesarios para adquirir la participación accionaria y también

⁴ Página 17 de la providencia impugnada.

para que se realicen las inversiones, pagos y obras necesarias para garantizar la prestación efectiva, continua y con calidad del servicio público de energía eléctrica a todos los usuarios de la Costa Caribe Colombiana.

TERCERO: Que con la misma finalidad a la pretensión anterior el Ministerio de Hacienda adopte las medidas que sean necesarias para que el Estado Colombiano, adquiera la totalidad de la participación accionaria de la compañía ELECTRICARIBE S.A: ESP. en especial lo concerniente a la gestión de la expedición de los recursos necesarios para dicha compra.

CUARTO: Que el Ministerio de Minas y Energía, tramite ante el Congreso de la República, una ley por la cual se conceda a los usuarios de barrios y sectores subnormales y a los estratos 1 y 2 un subsidio del cien por ciento (100%) así como el cincuenta por ciento (50%) para estrato tres (3) de la tarifa que de pagar tales usuarios por el servicio público de energía eléctrica, De la misma forma, se deberá tramitar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público las partidas presupuestales que sean necesarias para cubrir el pago de dichos subsidios.

QUINTO: Que el Ministerio de Minas y Energía implemente en forma urgente los proyectos de autogeneración de energía solar para los estratos 1, 2, y 3 para aliviar la carga económica que recae sobre dicha población y así atiendan los mandatos del numeral 4 del artículo 19 de la Ley 1715 de 2014, para de esta forma proteger el derecho colectivo al acceso a los servicios públicos.”

Se considera que con las medidas cautelares decretadas se causa un mayor perjuicio al interés general, e incluso va en contravía de los intereses de los mismo accionantes, porque entendidas las ordenes como “concertación” es decir, acuerdo previo con los usuarios cuando se pretendan modificar las tarifas de los usuarios o acuerdo previo respecto de la solución que la administración decida respecto de la contratación de uno o varios operadores, en vez de proteger el derecho colectivo de la participación democrática de los usuarios, claramente afecta los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

VI.- PETICIÓN

Atendiendo los argumentos expuestos en este escrito me permito solicitar respetuosamente:

- a) En los términos del numeral II del presente memorial se proceda a aclarar el auto de fecha 18 de enero de 2019.
- b) En el ámbito del recurso de reposición y en subsidio apelación, y de acuerdo con los argumentos expuestos en el numeral III de este memorial, solicito al despacho de conocimiento que se revoque el auto de fecha 18 de enero de 2019 y en su lugar se proceda a negar la solicitud de medidas cautelares de conformidad con los argumentos expuestos.

IV.- NOTIFICACIONES

Le ruego disponga notificar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la Carrera 18 No. 84 – 35 de la ciudad de Bogotá D.C. en el correo electrónico notificacionesjudiciales@sspd.gov.co ; y al suscrito en la Secretaría de su Despacho y en correo electrónico dgarcia@superservicios.gov.co

Atentamente,


DAVID GARCÍA TELLEZ
CC. No. 79.687.810 de Bogotá
T.P. 107.113 del C.S. de la J.

Proyectó: David García Téllez Apoderado

Revisó: Mesa de Trabajo [Delegado Energía y Gas; Dirección de Intervenidas; Asesores de Despacho; Oficina Asesora Jurídica]