



**Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
SECCIÓN C**

Barranquilla D. E. I. y P., veintidós (22) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Radicado:	08-001-23-33-000-2022-00397-00 – ACUMULADO 08-001-23-33-000-2022-00416-00
Medio de Control:	Acción Popular
Demandante:	Edwar Fernando Orozco y Otros
Demandados:	Nación – Presidencia de la República y Otros
Magistrado Ponente:	JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO

II. PRONUNCIAMIENTO

El Despacho procede a decidir sobre la medida cautelar solicitada por los accionantes dentro de los procesos referidos.

III. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

EXPEDIENTE 08-001-23-33-000-2022-00397-00

Los accionantes solicitaron como medida cautelar ordenar a la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica en adelante CREG que convoque a sesión y/o audiencia pública, a efectos de: i) estudiar el impacto económico y social en la Región Caribe con la expedición de las Resoluciones 010 de 2020 y 78 de 2021 y/o en cualquier acto administrativo, debiéndose discutir si se hace necesario o no la revisión y análisis de los impactos sobre la modificación de los indexadores en la fórmula tarifaria en la Costa Atlántica, con el fin de definir si es adecuado o no su replanteamiento; en caso de que tal sea la conclusión, se establezca y definan los indexadores más adecuados de reemplazo para reflejar el incremento de valor de los costos de la prestación del servicio en el tiempo, considerando el próximo periodo tarifario de alguna de las actividades, y, ii) revisar otros componentes tarifarios que afectan la tarifa de los usuarios en la Costa Atlántica, tales como los de pérdidas y restricciones, considerando las particularidades de dicha región y los periodos

regulatorios respectivos, de tal forma que se establezca si la comisión así lo considera necesario una nueva fórmula para calcular las tarifas del servicio eléctrico desligando el IPP (Índice de Precios al Productor) en cada uno de sus componentes regulados e indexar al índice de precios al consumidor (IPC).

EXPEDIENTE 08-001-23-33-000-2022-00416-00

Los actores suplicaron como medida cautelar i) suspender los efectos jurídicos de las Resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021, ii) ordenar a la empresa Air-e que no suspenda a los usuarios el servicio de energía por falta de pago, hasta tanto se adopte la decisión definitiva.

El Despacho de conformidad con el artículo 233 del CPACA, por autos del 2 de marzo de 2023 y 18 de abril de 2024 corrió traslado a las partes de las solicitudes de medida cautelar.

IV. POSICIÓN DE LAS DEMANDADAS

EXPEDIENTE 08-001-23-33-000-2022-00397-00

El Ministerio de Minas y Energía y la CREG manifestaron, que: i) a partir de la vigencia del Decreto 227 de 2023, hecho sobreviniente a la presentación de la demanda, y mientras mantenga su vigencia, no tienen competencia para ejercer la función general de modificar las reglas del régimen tarifario aplicable a los usuarios del servicio de energía eléctrica en la Costa Atlántica, ii) con la medida cautelar se pretende la protección del supuesto derecho de los usuarios a que las tarifas del servicio de energía eléctrica no se incrementen por encima del IPC, que la ley no garantiza ni consagra como su derecho, iii) la medida cautelar solicitada no tiene como fin que se haga cesar la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, sino que la CREG analice y establezca si es necesario o no modificar el régimen tarifario temporal establecido por el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019 y regulado por las Resoluciones CREG 010 de 2020, 078 y 024 de 2021, iv) que los demandantes incumplieron la carga de aportar los elementos que permitan concluir mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, y que de no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, v) tampoco se ha demostrado que existan serios motivos para

considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios, impuesta por el artículo 231 del C.P.A.C.A, vi) la medida cautelar pedida pretende que se analice, se establezca y se concluya sobre la modificación de las fórmulas tarifarias, sin el cumplimiento de las reglas establecidas en los artículos 124, 126 y 127 de la Ley 142 de 1994, y, vii) los solicitantes pretenden que se modifiquen las fórmulas tarifarias para el servicio de energía eléctrica en la Costa Atlántica, de forma tal que en las tarifas no se reflejen los incrementos por el reconocimiento de los costos eficientes de las inversiones realizadas, y el cumplimiento de las metas de calidad y reducción de pérdidas, lo cual es contrario a lo establecido en los artículos 365 y 367 de la Constitución Política, 87 de la Ley 142 de 1994, 44 de la Ley 143 de 1994 y 318 de la Ley 1955 de 2019.

Por su parte, la Presidencia de la República solicitó negar la medida cautelar referida, toda vez, que no hay prueba alguna de la existencia de hechos u omisiones que violen o amenacen los derechos colectivos invocados.

De otro lado, la empresa Air-e, señaló que los actores no demuestran que los actos aludidos sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni que hubiesen afectado el derecho colectivo de acceso al servicio público de energía eléctrica. Agregó, que el régimen de transición contenido en las Resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021, resulta necesario para garantizar la continuidad de la operación y viabilidad de las empresas que prestan el servicio público de energía eléctrica para la Región Caribe, por lo que cualquier cambio al mismo implicaría poner en riesgo el interés general y la prestación misma del servicio público plurimencionado.

EXPEDIENTE 08-001-23-33-000-2022-00416-00

Por su parte, la Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica se opuso a la procedencia de la misma por contrariar el ordenamiento jurídico y, en particular, por no reunir los requisitos para su procedencia establecidos en el artículo 231 del CPACA.

A su vez, el Gremio de Comercializadores Distribuidores sin Generación Despachada Centralmente precisó que los suplicantes con la solicitud en estudio no aportaron fundamentos ni elementos probatorios necesarios para suspender los efectos jurídicos de las Resoluciones 010 de 2020 y 078 de 2021.

A su vez, la Presidencia de la República, el Ministerio de Minas y Energía, la CREG y la empresa Air-e, reiteraron los argumentos precedentemente reseñados.

V. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público, por un lado, consideró procedente la medida cautelar solicitada por los accionantes dentro del proceso con radicado 08-001-23-33-000-2022-00397-00, en la medida que garantiza no solo el objeto del presente medio de control, sino también la efectividad y materialización del derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, toda vez, que en las mesas de trabajo se podrían explorar soluciones de manera anticipada al fallo que ponga fin a la presente litis, buscando prevenir que se presenten cobros injustificados o que se generen alteraciones de orden público por el incremento de las tarifas utilizadas por las empresas Air-e y Afinia, lo cual ha generado un creciente y evidente malestar en la sociedad, y de otro, negar la medida deprecada consistente en suspender la aplicación de las resoluciones proferidas por la CREG, así como los cobros del servicio y suspensiones por el no pago, pues, resulta desproporcionada dado que se desconoce el impacto que tal medida generaría en las tarifas de energía al desaparecer el marco regulatorio de las mismas y, propiciaría un eventual desequilibrio económico en el contrato suscrito con las empresas citadas.

VI. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

El Magistrado sustanciador es competente para proferir la presente decisión según lo dispuesto en el numeral 2° literal h) del artículo 125 del CPACA, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021, según remisión normativa que hace el artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

PROBLEMA JURÍDICO

La controversia se centra en determinar si, es viable acceder o no a las medidas cautelares solicitadas dentro de los procesos referidos.

TESIS

El Despacho, por un lado, negará la medida cautelar relacionada con la suspensión de los efectos jurídicos de las resoluciones expedidas por la CREG, a través de las cuales se establece el régimen tarifario para la Región Caribe, pues, escapa de la órbita del juez constitucional estudiar la legalidad de dichos actos, y de otro, concederá la medida cautelar pedida dentro del radicado 2022-00397, toda vez, que se hace necesario adoptar las medidas requeridas para salvaguardar el derecho o interés colectivo afectado con el acto que sea la causa de la amenaza, vulneración o el agravio de derechos e intereses colectivos, siendo un hecho notorio las consecuencias adversas que ha traído consigo el régimen tarifario establecido por la CREG para la Región Caribe, que genera la afectación del derecho e interés colectivo invocado, cómo es la garantía en la prestación continua, eficiente y costo – efectiva del servicio público domiciliario de energía eléctrica a la comunidad de la Costa Atlántica.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De las medidas cautelares en acciones populares

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998, consagró la facultad, en cabeza del juez, para decretar las medidas cautelares previas que considere necesarias para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

La misma disposición consagra las medidas cautelares que se pueden decretar, entre las cuales, se encuentran: (i) ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando; (ii) ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado; (iii) obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas; y, (iv) ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medias urgentes a tomar para mitigarlo.

Por su parte, el artículo 26 señala que la oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos, para evitar: (i) mayores perjuicios al derecho

o interés colectivo que se pretende proteger; (ii) perjuicios ciertos e inminentes al interés público y, (iii) al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

Para el decreto de una de estas medidas, o de otras distintas a éstas pero que resulten procedentes para prevenir un daño inminente a los derechos e intereses colectivos o para hacer cesar el que se hubiere causado a aquellos, el Consejo de Estado, ha precisado que debe soportarse lógicamente en elementos de prueba idóneos y válidos que sean demostrativos de tales circunstancias; es precisamente la existencia de tales elementos de juicio lo que permitirá motivar debidamente la decisión cuando se disponga una medida cautelar para la protección de tales derechos¹.

De lo anterior, deviene claro que cuando se trata del decreto de medidas cautelares, se requiere un mínimo de acervo probatorio que permita determinar qué negar la medida resultaría más gravoso para los derechos colectivos que concederla.

De la prestación de servicios públicos domiciliarios – generalidades

La jurisprudencia constitucional² ha sostenido que la prestación de los servicios públicos domiciliarios, contribuye directamente al cumplimiento de los fines sociales del Estado contenidos en el artículo 2º Constitucional; por ende y ante la incidencia que estos tienen en la calidad de vida de las personas, y en el desarrollo socioeconómico del Estado, es consecuente que éste actúe de manera directa en la prestación de tales servicios públicos, para asegurar los objetivos que señalan los artículos 365, 367 y 370 Constitucionales.

De esta manera y con el fin de lograr tales cometidos, teniendo en cuenta que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, de manera directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares, dicha prestación exige en general que el Estado se reserve para sí, la regulación, el control y la vigilancia de dicha actividad.

La Ley 142 de 1994, fue expedida en aras de desarrollar los fines sociales de intervención del Estado en la prestación de los servicios públicos y alcanzar entre

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 2 de noviembre del 2006, rad. 15001-23-31-000-2003-00201-01. C.P. Rafael Ostau de Lafont.

² Corte Constitucional, Sentencia C-957 del 10 de diciembre de 1997, Exp.: D-10279, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

otros los objetivos de calidad, cobertura, atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.

En lo que respecta al control y vigilancia en materia de servicios públicos conforme a los numerales 8º y 23 del artículo 150 Constitucional, le corresponde al Congreso de la República *“expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución”*, y, *“expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”*.

A su vez, el numeral 22 del artículo 189 señala que le corresponde al Presidente de la República *“ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios público”*, y, el artículo 370, establece que le corresponde al Presidente de la República *“ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”*.

El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

El derecho de acceso a los servicios públicos está esencialmente constituido por la capacidad que detentan los miembros de una comunidad de convertirse en usuarios o receptores o beneficiarios de aquellas actividades susceptibles de catalogarse como servicios públicos. Esta sola condición, sin embargo, no basta; a esta capacidad debe agregársele el cumplimiento de unos requisitos que deben cumplir los prestadores de estos servicios: eficiencia y oportunidad. Por eficiencia, que como se anotó es un imperativo constitucional de los servicios públicos, debe entenderse la prestación de estos utilizando y disponiendo del mejor modo posible los instrumentos o recursos necesarios para cumplir los fines propuestos; por oportunidad, en cambio, se debe entender la respuesta dentro de un plazo razonable que debe tener un usuario cuando requiera estos servicios, así como la permanencia de la prestación de los mismos. La vulneración de este derecho colectivo entonces se manifiesta cuando se lesione el interés subjetivo de la comunidad a que le presten servicios públicos de manera eficiente y oportuna³.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURÍDICO

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 23 de mayo de 2013, Rad.: 15001-23-31-000-2010-01166-01(AP), C.P. Guillermo Vargas Ayala.

Las medidas cautelares solicitadas por los accionantes pretenden que se modifique el régimen tarifario del servicio de energía eléctrica para la Región Caribe ante la inconformidad generalizada de los ciudadanos de este sector del País.

El artículo 144 del CPACA, tratándose de actos administrativos o de contratos estatales, prevé que cuando la vulneración de derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante provenga de un acto administrativo o de un contrato, sin que en uno u otro evento, el juez popular pueda anularlos, pero podrá adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos⁴.

Al respecto, la Corte Constitucional explicó que, no obstante el carácter principal de la acción popular y que su trámite no se supedita a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no es menos cierto que no son acciones configuradas para desplazar los otros medios de defensa judicial ordinarios establecidos por la ley para la solución de las diversas controversias jurídicas, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional y su órbita de acción son diferentes a aquellos que corresponden a los jueces ordinarios. Es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos⁵.

En dicha providencia la misma Corporación señaló que la acción popular no fue diseñada por el legislador como mecanismo a través del cual el juez competente pueda decretar la anulación de un acto administrativo o un contrato, por esta razón, la limitación expresa de adoptar estas decisiones, no contraviene el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.), y que el juez popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular en la que deba decidir si un acto administrativo o un contrato está afectado de alguna causal de nulidad, sino que aquí tiene el papel de garante de un derecho colectivo.

El Consejo de Estado frente a la finalidad que persigue los medios ordinarios y la acción popular, ha distinguido: i) la acción de nulidad tiene como finalidad la protección y el restablecimiento del orden jurídico general o abstracto, es decir, el respeto del

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de agosto de 2021, Rad.: 25000 23 41 000 2016 00087 01, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-644 del 31 de agosto de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio.

principio de legalidad y de la Constitución, sin que con ella necesariamente se busque proteger los derechos e intereses colectivos vulnerados con su expedición, salvo que estos se involucren en el concepto de violación y se pida su nulidad por ello. Su fin último es retirar del ordenamiento jurídico la norma demandada, ii) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, busca proteger un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica y su restablecimiento, así como la indemnización de perjuicios causados a cualquier persona que se crea lesionada con el acto. Es decir, su finalidad radica no solo en que se declare nulo el acto, sino en que su objetivo principal es amparar e indemnizar la violación de derechos subjetivos protegidos por la Constitución y la ley, iii) el objeto de la acción popular se circunscribe a la protección de los derechos e intereses colectivos, que, si bien tienen profundas repercusiones jurídicas, sociales y económicas, no están protegidos necesariamente por las acciones ordinarias mencionadas. Su finalidad, por tanto, se aleja de la salvaguarda del orden jurídico abstracto y no culmina con el restablecimiento de derechos subjetivos ni con indemnización de perjuicios, salvo la condena al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo⁶.

Así mismo, frente a los criterios diferenciadores entre la acción popular y los mecanismos ordinarios ha precisado, que lo que debe hacer el juez de la acción popular es mirar la amenaza o vulneración que le genera la actividad de la entidad pública, mientras que el juez administrativo mira la validez del acto colectivo.

Sobre este último aspecto se está tramitando en el Consejo de Estado demanda de nulidad bajo el radicado 11-001-03-27-000-2021-00082-00 en la cual se controvierte la legalidad de las Resoluciones 010 de 2020 y 78 de 2021, donde por auto del 9 de agosto del presente año se decretó la acumulación del proceso identificado con el número único de radicación 11-001-03-24-000-2022-00298-00 al referenciado precedentemente, encontrándose por resolver la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos aludidos.

No obstante, a pesar de que el juez constitucional no tiene la facultad para suspender los efectos jurídicos de un acto o anularlos, si podrá adoptar las medidas materiales que salvaguarden el derecho o interés colectivo afectado con el acto que sea la causa

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 13 de febrero de 2018, Rad.: 25000 23 15 000 2002 02704 01 (SU), C.P. William Hernández Gómez.

de la amenaza, vulneración o el agravio de derechos e intereses colectivos; para el efecto, tendrá múltiples alternativas al momento de proferir órdenes de hacer o no hacer que considere pertinentes, de conformidad con el caso concreto⁷.

En ese sentido, resulta viable decretar la medida cautelar solicitada por los actores dentro de la acción popular 08-001-23-33-000-2022-00397-00, pues, es un hecho notorio las consecuencias adversas que ha traído consigo el régimen tarifario establecido por la CREG para la Región Caribe, que genera la afectación del derecho e interés colectivo invocado, cómo es la garantía en la prestación continua, eficiente y costo – efectiva del servicio público domiciliario de energía eléctrica a la comunidad de la Costa Atlántica, que establezca un plan de acción estratégico que ofrezca soluciones estructurales (inmediatas, de mediano plazo y de largo plazo), en aras de explorar soluciones en busca de prevenir que se presenten cobros injustificados o que se generen alteraciones de orden público por el incremento de las tarifas utilizadas por las empresas Air-e y Afinia, lo cual ha generado un creciente y evidente malestar en la sociedad; no así la relativa al proceso 08-001-23-33-000-2022-00416-00.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la medida cautelar solicitada dentro de la acción popular 08-001-23-33-000-2022-00397-00, por las razones expuestas en esta providencia. Por tanto, se dispone:

1. ORDENAR a la CREG para que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia convoque a sesión y/o audiencia pública que deberá realizarse en la ciudad de Barranquilla, a efectos de: estudiar el impacto económico y social en la Región Caribe con la expedición de las Resoluciones 010 de 2020 y 78 de 2021 y/o en cualquier acto administrativo, debiéndose discutir si se hace necesario o no la revisión y análisis de los impactos sobre la modificación de los indexadores en la fórmula tarifaria en la Costa Atlántica, con el fin de definir si es adecuado o no su replanteamiento, y en el caso de que tal sea la conclusión, se establezca y definan los indexadores más adecuados de reemplazo para reflejar el incremento de valor de los costos de la prestación del servicio en el tiempo,

⁷ Ibidem

considerando el próximo periodo tarifario de alguna de las actividades. Igualmente, revisar otros componentes tarifarios que afectan la tarifa de los usuarios en la Costa Atlántica, tales como los de pérdidas y restricciones, considerando las particularidades de dicha región y los periodos regulatorios respectivos, de tal forma que se establezca si la comisión así lo considera necesario una nueva fórmula para calcular las tarifas del servicio eléctrico desligando el IPP (Índice de Precios al Productor) en cada uno de sus componentes regulados e indexar al índice de precios al consumidor (IPC). Así como implementar medidas inmediatas, de mediano y largo plazo tendientes a reducir las tarifas del servicio de energía eléctrica en la Región Caribe.

2. ORDENAR a la CREG que se sirva fijar la sesión y/o audiencia pública para el quinto (5^o) día siguiente a la fecha de convocatoria, a la cual, deberá convocarse a los alcaldes, gobernadores, parlamentarios de la Región Caribe, el Ministro de Minas y Energía, a la Procuradora General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, a la Presidencia de la República, a las empresas Air-e y Afinia, a los distribuidores de energía eléctrica, al gremio de comercializadores distribuidores sin generación despachada centralmente, un delegado de los accionantes, y/o cualquier otra persona de derecho público o privada con interés en el tema a debatir. Para tal efecto, deberá levantar un acta que recoja tales puntos.

3. ORDENAR al Ministerio de Minas y Energía y a la CREG que dentro de los diez días (10) siguientes a la culminación de la sesión y/o audiencia pública inicien la actuación administrativa correspondiente acorde a la normatividad vigente, a fin de expedir el acto administrativo que modifique las Resoluciones 010 de 2020 y 78 de 2021 y/o cualquier acto administrativo, que tenga por objeto reducir las tarifas del servicio de energía eléctrica para la Región Caribe, sin que sobrepase el plazo fijado en la ley para definir tal actuación.

SEGUNDO: NEGAR la medida cautelar implorada dentro de la acción popular 08-001-23-33-000-2022-00416-00, por las razones expuestas en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO
Magistrado Tribunal
008
Tribunal Administrativo del Atlántico