



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO CONTESTACIÓN - EXCEPCIONES
(Artículo 175 CPACA)

SIGCMA

Cartagena, 23 de MAYO de 2018

HORA: 08:00 A. M.

Medio de control	ACCIÓN DE GRUPO
Radicado	13-001-23-33-000-2017-00576-00
Demandante	JEISON OSPINO CASSIANI Y OTROS
Demandado	MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (03) DÍAS A LA PARTE DEMANDANTE DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN MEDIO MAGNÉTICO EL DÍA 23 DE MARZO DEL 2018 POR EL APODERADO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. DICHA CONTESTACIÓN REPOSA EN EL EXPEDIENTE A FOLIO 217 A DISPOSICIÓN DE LAS PARTES.

EMPIEZA EL TRASLADO: 24 DE MAYO DE 2018, A LAS 8:00 A.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

VENCE EL TRASLADO: 28 DE MAYO DE 2018, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

DES

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718





20181320361401

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: **20181320361401**

RJ-F-005 V. 6

Fecha: 21/03/2018
Página 1 de 37

Señores¹

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
M.P. DR. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Centro Av. Venezuela Edificio Nacional Primer Piso
stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Tel. (5) 6642718
E.S.D.

REFERENCIA: **ACCIÓN DE GRUPO.**
DEMANDANTE: **JEISON OSPINO CASSIANI Y OTROS**
DEMANDADO: **NACIÓN, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA,
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS Y OTROS.**
RADICADO: **130012333-000-2017-00576-00**

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

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 tarjeta profesional de abogado 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 adjunto, respetuosamente me dirijo a Usted con el objeto de dar contestación a la demanda de conformidad con la Ley 472 de 1998.

I.- EN CUANTO A LOS HECHOS

El Doctor JULIO CESAR RUNIO RUBIO, abogado en ejercicio, instauró acción de grupo, actuando en su condición de apoderado especial de 21 personas, encabezadas por el señor JAISSO OSPINO CASSIANI, en contra de LA NACION MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, LA COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS CREG, LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELECTRICA (ASOCODIS) LA ASOCIACION COLOMBIANA DE GENERADORES DE ENERGIA (ALCOGEN) LA ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS GENERADORAS (ANDEG), con fundamento en los presuntos daños sufridos por el grupo demandante, con “ocasión del indebido aprovechamiento económico que han hecho del CARO POR CONFIABILIDAD el cual fue cancelado por los usuarios en la facturas de energía eléctrica

En relación con los hechos que le constan a la entidad, me permito referirme en el acápite de “razones de la defensa”, los demás deberán se probados en la actuación judicial por las partes atendiendo la carga dinámica de la prueba.

De manera particular me permito referirme a los hechos de la demanda de la siguiente manera:

AL HECHO PRIMERO: Es cierta la afirmación de que en el mes de octubre de 2015 y comienzos del 2016 se desató una fuerte crisis energética en el país, debido al fenómeno del

¹ Radicado Demanda No. 20185290200132 Expediente Virtual No. 2018132010200002E

niño y a la fuerte sequía de las fuentes hídricas, o que ocasionó reducción del agua en los embalses.

En relación con la justificación, creación y aplicación del cargo por confiabilidad, me permito referirme en el acápite denominado MARCO JURIDICO DEL CARGO POR CONFIABILIDAD que se explica en detalle en este mismo escrito.

No es cierto que todas las empresas generadoras térmicas del país, cuando fueron llamadas a suplir la escasez por bajo nivel de los embalses, no estuvieran preparadas, solo ocurrió en casos puntuales que se detallan en este escrito.

No es cierto que las autoridades accionadas en vez de activar el “seguro” del cargo por confiabilidad haya optado por aumentar las tarifas a los usuarios.

II. EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

Respecto de las pretensiones consignadas en el petitum de la demanda, me opongo a todas y cada una de ellas en consideración a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que me permito hacer valer.

De manera contundente me permito objetar desde ya la estimación de los perjuicios establecidos en la demanda de la presente acción de grupo.

III. RAZONES DE LA DEFENSA

3.1 RAZONES DE ÍNDOLE PROCESAL

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR EXISTIR CAUSA COMÚN CON OTRO PROCESO

Honorables Magistrados, respetuosamente me permito manifestar que la presente acción popular es improcedente por cuanto ya se está adelantando una acción de grupo con identidad de causa y de demandados, lo que impide que se lleve a cabo un nuevo proceso por los mismos hechos, y que pretende incluir e mismo grupo reclamante.

Me refiero al proceso radicado con el número **130012333-000-2015-00764-00** que se adelanta ante este mismo Tribunal Administrativo de Bolívar, cuyos accionantes están encabezados por la señora MARÍA BONFANTE STEPHENS y cuyo ponente es la Dra. HIRINA MEZA RHENALS y en donde se persigue la indemnización de los perjuicios generados con “ocasión del aprovechamiento injustificado del “cargo por confiabilidad” que sufragaron a estas a través de las facturas de energía eléctrica de manera mensual en obediencia de la resolución 071 de octubre de 2006 expedida por la CREG, así como la inadecuada y negligente regulación, vigilancia y control por parte del Ministerio de Minas y Energía, Comisión de Regulación de Energía y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”

En vista de lo anterior, existe identidad de objeto y causa de la acción entre estos dos procesos, siendo improcedente el segundo según lo ha expuesto el Consejo de Estado:

“Si bien el legislador ha exigido que para admitirse la demanda deban estar identificados al menos veinte integrantes del grupo afectado, o deban establecerse los criterios para su identificación, ello no significa que el proceso se adelanta sólo en nombre de esas personas, porque la misma ley previó que el proceso vincula a todos los que han resultado afectados con la causa común que los agrupa a menos que hayan solicitado su exclusión, **en los términos del artículo 56, regulación que llevó a la Sala en oportunidad anterior a concluir que no pueden coexistir dos o más acciones de grupo derivadas de la misma causa.** Tal derecho debe entenderse limitado en el tiempo por la formulación y admisión de la acción de grupo, dado que una vez admitida ésta, el proceso vincula a todos los afectados que no hubieran formulado acciones individuales, porque si ya las formularon, el proceso iniciado en ejercicio de la acción de

grupo sólo los vinculará si expresamente el interesado pide su acumulación a la acción de grupo.”²

Y en otra sentencia el Consejo de Estado indico sobre este asunto:

“El artículo 88 de la Constitución defiere a la ley la regulación de “las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”. En desarrollo de dicha disposición, el artículo 3 de la ley 472 de 1998 define la acción de grupo como aquella que puede ser interpuesta “por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”.

“Del contenido de estas dos disposiciones puede inferirse que a través de esta acción se pretende **dar aplicación al principio de economía procesal, al resolver en un mismo proceso las pretensiones de un número plural de personas que fueron afectadas por una misma causa.**

Por tal motivo, la admisión de varias acciones de grupo cuando la causa es común, desnaturaliza la acción y desconoce sus objetivos.”³

En vista de lo anterior, solicito al despacho que se acumule el presente proceso con el proceso radicado 130012333-000-2015-00764-00, para así los accionantes del presente proceso, se adhieran al grupo ya conformado en el proceso mencionado.

3.2.1 FALTA DE REQUISITOS DE FORMA DE LA ACCIÓN

Señores Magistrados, respetuosamente me permito solicitarles se nieguen las pretensiones de la demanda atendiendo las graves faltas de la acción como a continuación se detallan:

3.2.2. EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN RAZONABLE DE LA CUANTÍA

Según el numeral 5 del artículo 100 del Código General del Proceso establece que se presenta ineptitud de la demanda, cuando se incumplen los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

Este artículo nos remite a los requisitos formales de la demanda que de manera específica están regulados por el artículo 52 de la Ley 472 de 1998.

En el artículo 52 de la Ley 472 de 1998 se establece como requisito de la demanda: (...)

“3. El estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración.

4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.

Y concordancia con esta norma el artículo 82 del Código General del Proceso establece como requisito de toda demanda:

“9. La cuantía, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite.”

Adicionalmente, el artículo 206 del Código General del Proceso establece:

-
- 2 Consejo de Estado Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007) Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01799-01(AG)
 - 3 Consejo de Estado Bogotá, D.C. dieciocho (18) de octubre de dos mil uno (2001) Radicación número: 25000-23-27-000-2000-0023-01(AG-021)

“Artículo 206. Juramento estimatorio.

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.”

Estimación a la que desde ya, me permito oponerme. Ya que el accionante se limitó a indicar que:

“teniendo en cuenta que el perjuicio y los daños materiales fueron causados por los pagos que hicimos todos los usuarios de energía del país en las facturas de energía por concepto de “cargo por confiabilidad” desde el momento de su creación a través de resolución del 3 de octubre de 2006, expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, como un tipo de “seguro” para evitar apagones, más los intereses causados por estos recursos tazamos (SIC) los perjuicios materiales en el valor de 14 billones de pesos, para lo cual se solicitará el despacho en el acápite de pruebas que requiera al Ministerio de Minas y energía y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas un informe detallado sobre el modelo de recaudo mensual del cargo por confiabilidad aplicable a los usuarios y el valor mensual y total recaudado (o cobrado) desde su creación hasta la fecha”

Al subsanar la demanda el accionante pretendió corregir este yerro de la demanda, discriminando un valor promedio de \$3,25⁰ pesos mensuales y multiplicó por 127 meses presuntamente cancelados, estableciendo como valor total de \$8,667,750 pesos por concepto de daño emergente los cuales indexados más los intereses corrientes y moratorios fueron liquidados en \$6,510,000 por cada uno de los miembros del grupo. Aunque más adelante establece que la estimación razonada de la cuantía es de \$6,510,000 pesos por lucro cesante para un total de \$15,177,750.

Pero esta afirmación no solo es contradictoria, sino insuficiente a efectos de satisfacer el requisito legal de establecer RAZONADAMENTE la cuantía, nótese que allí, no se estableció un monto por cada usuario, suscriptor o consumidor, un estimado, tampoco se tuvo en cuenta un número de usuarios, presuntamente afectados y se llegó incluso a incluir periodos que de entrada se encuentran caducados. Es por ello señores Magistrados que el accionante no cumplió a cabalidad con esta carga de orden legal y por ello la demanda carece de los requisitos legales.

Llamo la atención del despacho sobre el hecho de que la norma exige una discriminación de los conceptos que se estiman en la fijación de la cuantía y en el caso bajo estudio brillan por su ausencia y por lo mismo la demanda debe ser descartada por incumplir los requisitos de la demanda en forma.

El Consejo de Estado ha acogido la interpretación del suscrito así:

“El artículo 52 de la ley 472 de 1998, señala como requisito para la admisión de la demanda, que en ella se exprese, entre otros, el estimativo del valor de los perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración. **El señalamiento del valor de los perjuicios resulta ineludible para la adecuada defensa de los derechos de los demandados; para la congruencia de la sentencia, porque la condena deberá ceñirse a las pretensiones formuladas en la demanda,** sin perjuicio de que la cuantía pueda incrementarse con posterioridad a su admisión, por la integración del grupo, en

los términos del artículo 55 ibídem; pero, sobre todo, para el ejercicio de una adecuada representación de los integrantes del grupo, por quienes actúen como demandantes.”⁴

Es por esto que pongo de presente a los honorables Magistrados, que la acción no cumple con este requisito y por ende, es improcedente por “inepta demanda”.

3.1.3. EN CUANTO A LA DEFINICIÓN DEL GRUPO O LOS CRITERIOS PARA DEFINIRLO y AMBITO TERRITORIAL DE LA ACCIÓN

Honorables Magistrados, con el acostumbrado respeto me permito exponer que la demanda que motiva la presente acción tampoco cumple con el requisito establecido en el numeral 4 del artículo 52 de la ley 472 de 1998 por cuanto en la misma no se mencionan todos los individuos del grupo. Ahora bien, la norma permite obviar la identificación de cada uno de los miembros del grupo, pero siempre y cuando se indiquen los criterios para identificarlos o definirlos.

El accionante en el título X de su demanda acudió a la definición de “USUARIO” contenido en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 pero no se fijaron allí verdaderos “criterios para identificar y definir el Grupo” en el proceso, allí tampoco se estableció la CONDICIÓN común que los une o que ostentan.

Es claro que lo que se pretende es la indemnización de perjuicios presuntamente causados con ocasión del cobro del concepto “CARGO POR CONFIABILIDAD, pero lo que genera la condición de perteneciente al grupo no es en sí mismo el ser usuario del servicio de energía, sino la condición de perjudicado con la presunta “Falla del servicio” o cobro injustificado , porque si bien la Ley 142 de 1994 reconoce la condición de parte pasiva del servicio al usuario al suscriptor o al propietario del inmueble, únicamente tendrían vocación para reclamar un presunto cobro indebido, solamente quienes efectivamente lo hayan pagado.

En estas condiciones, el grupo no puede estar conformado por número total de propietarios de inmuebles, ni de usuarios, ni de suscriptores del servicio de energía. Tampoco se indicó en la demanda el ámbito territorial del grupo que se presente conformar, es decir no se indicó si es de carácter local, municipal, departamental o nacional. Pero además ante la imposibilidad de nombrar a todos los miembros del grupo, por lo menos se debieron indicar los criterios para identificarlos y definirlos.

3.1.4 FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA – REQUISITOS ADICIONAL DE LA DEMANDA

Acorde con lo expuesto hasta ahora, debo poner de presente ante el despacho que el grupo accionante no ha demostrado ni siquiera de manera sumaria la condición que alegan tener para invocar la acción indemnizatoria que han iniciado.

En efecto, al leer el texto de los poderes otorgados para iniciar la presente acción cada uno de los poderdantes indicaron que conferían poder en su condición de “usuario y/o suscriptor del servicio de energía”, pero no allegaron copias de las facturas del servicio de energía que permita comprobar si tienen la condición de usuarios o de suscriptores del servicio de energía.

El artículo 84 del Código general del Proceso establece: Artículo 84. Anexos de la demanda.

“A la demanda debe acompañarse:

2. La prueba de la existencia y representación de las partes y de la calidad en la que intervendrán en el proceso, en los términos del artículo 85.”

En el proceso que nos ocupa, los demandantes no probaron la calidad en la que actúan y este requisito es fundamental, si pretenden ser miembros de un grupo que reclama perjuicios por una causa común.

⁴ Consejo de Estado, Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007) Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01799-01(AG)

4.1 CADUCIDAD GENERAL

Antes de continuar con la exposición de los argumentos de fondo, debo indicar al despacho que sobre los hechos que motivan la presente demanda ha operado el fenómeno de la caducidad, según se expone a continuación:

Según consta en el escrito de demanda, el grupo accionante pretende la indemnización de los daños causados por la implementación del cargo por confiabilidad desde el año 2006 creado por la Resolución 071 de 2006 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

De conformidad con la normativa aplicable al caso, la víctima del daño tiene un plazo de dos años a partir de la ocurrencia del mismo para acudir ante la jurisdicción con el fin de reclamar los perjuicios, si no acude dentro de dicho término se configura el fenómeno procesal de la caducidad el cual impide, por disposición legal, el ejercicio del derecho de acción.

Respecto del fenómeno de la caducidad de la acción la Corte Constitucional ha señalado:

“Es importante tener presente las connotaciones constitucionales del fenómeno de la caducidad en un Estado Social de Derecho. Ciertamente, la caducidad es el corolario de la expiración del término perentorio fijado por la ley para el ejercicio de ciertas acciones. Este fenómeno tiene ocurrencia por la inactividad, inercia y desidia de los interesados para obtener a través de los mecanismos judiciales el reconocimiento de sus pretensiones. Los términos fijados por la ley se estructuran en una garantía esencial para la seguridad jurídica y el interés general. El plazo de caducidad entonces, incorpora el límite dentro del cual se puede reclamar un específico derecho. Así pues la actitud negligente de quien pretendía hacer valer el derecho no puede ser objeto de protección. El legislador está facultado constitucionalmente para establecer un límite para el ejercicio de las acciones y de los recursos. Por ello, el señalamiento legal de un término de caducidad es el resultado de la necesidad de otorgar certeza jurídica tanto a los ciudadanos como a la comunidad en general, y de esta manera, brindar estabilidad jurídica a las situaciones debidamente consolidadas por el transcurso del tiempo, como en este caso, a los actos administrativos tantas veces referidos. El derecho de acceso a la administración de justicia no es incompatible con la existencia de una institución que establece que quien, gozando de la facultad de ejercer un derecho, opta por la vía de la inacción o de la actuación tardía”⁵.

A efectos de establecer si dentro del presente asunto se configuró la caducidad, es necesario tener en cuenta que de acuerdo con la información suministrada, la demanda fue presentada en el año 2015.

La Ley 472 de 1998, la cual en su artículo 47 establece:

“Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo.”

De lo expuesto, se concluye que en atención a que el grupo demandante pretende la indemnización de un daño que configuran a partir del año 2006, es evidente que la acción fue presentada por fuera del término de ley, y en tales condiciones se debe declarar la caducidad de la acción respecto de los hechos acaecidos con anterioridad al año 2013.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido contundente respecto al término en el que se deben interponer las acciones de grupo. En efecto, tiene por establecido que:

“La acción de grupo es un mecanismo de actuación judicial cuya creación legal se debe al mandato expreso del constituyente de 1991 de instituir una herramienta

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-447 de 2011. Sobre el mismo tema, ver entre otras: C-832 de 2001, C-447 de 2005, C-1049 de 2004, C- 351 de 1994, C-565 de 2000, C-1033 de 2006, C-277 de 2009, C-394 de 2002.

jurídica para la protección de un número plural de personas, al menos 20, que haya sufrido un daño con unidad de causa.

En cumplimiento de ello, la ley 472 de 1998 creó la acción de grupo con un carácter excepcional y expedito, justificado en la búsqueda de protección para aquellos grupos de personas que se encuentran en una situación de tal entidad, y que ameritan ser amparados de forma preferencial por una vía más pronta y rápida que las vías judiciales ordinarias; de esta forma, se disminuye la repercusión social del daño por la celeridad de la reacción del aparato estatal.

La acción de grupo tiene un término de caducidad, vencido el cual ya no es posible acudir a la jurisdicción en ejercicio de la misma. El artículo 47 de la ley 472 de 1998 establece:

Caducidad. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo.'

El fenómeno de la caducidad encuentra su fundamento en 'la defensa de la seguridad jurídica, el interés general y la eficacia de la administración justicia y en el deber consagrado en el artículo 95-7 de la Constitución de colaborar con el buen funcionamiento de la misma', tal y como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia que declaró la exequibilidad de la norma⁶.

Desde la perspectiva del trámite legislativo, la norma transcrita tuvo idéntica redacción en los proyectos de ley que dieron lugar a ella, esto es: proyecto de ley número 005/95 Cámara (artículo 59)⁷; texto definitivo propuesto proyectos de ley números 05, 24 y 84 1995, Cámara, acumulados (artículo 50)⁸; proyectos de ley número 10 de 1996 Senado, números 005 de 1995, 024 de 1995 y 084 de 1995 Cámara – Acumulados (artículo 50)⁹; pliego de modificaciones proyecto de ley 05 de 1995 Cámara, 10 de 1996 Senado (artículo 48)¹⁰; texto proyecto de ley número 10 de 1996 Senado, números 005 de 1995, 024 de 1995 y 084 de 1995 Cámara, acumulados (artículo 50)¹¹; texto del proyecto de ley número 10 de 1996 Senado, números 005 de 1995, 024 de 1995 y 084 de 1995 Cámara, acumulados (artículo 48)¹².

(No obstante, el proyecto 084/95 de la Cámara de Representantes, en el artículo 53, hizo referencia a "la fecha en que se causó o exteriorizó el daño"¹³ como evento para iniciar a contar el término de caducidad, lo cual pone de presente que dentro del trámite de la ley se tuvo en cuenta la necesidad de que el daño fuera advertido, como presupuesto para que la caducidad operara. Sobre este tema se volverá con posterioridad.)

⁶ Sentencia C – 215/99, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, diez (10) de junio de dos mil cuatro (2004), Actor: Pescadores de San Antero, Demandado: Ecopetrol, Occidental de Colombia, Inc., Compañía Shell de Colombia y Ocesa S.A., Radicación No. 23001-23-31-000-1999-00116-02 (AG), C. P. María Elena Giraldo Gómez.

⁷ Gaceta del Congreso, Año IV – No. 207, p. 11

⁸ Gaceta del Congreso, Año IV – No. 493, p. 20

⁹ Gaceta del Congreso, Año VI – No. 11, p. 45

¹⁰ Gaceta del Congreso, Año VI – No. 167, p. 8

¹¹ Gaceta del Congreso, Año VI – No. 167, p. 19

¹² Gaceta del Congreso, Año VI – No. 210, p. 6

¹³ Gaceta del Congreso, Año IV – No. 277, p. 7

En relación con la determinación del momento para iniciar el conteo del término para ejercer el derecho de acción, la misma providencia señaló:

“El artículo 47 plantea dos puntos de inicio para contar el término de dos años de caducidad de la acción:

- **El primero** está constituido por la fecha en que se causó el daño, el cual se aplica cuando el hecho generador del daño consistió en uno o varios eventos de ejecución instantánea, que se agotan en su misma ejecución¹⁴, por ejemplo: la lesión de un grupo de personas por la explosión de una granada de dotación oficial.
- **El segundo** es el momento en que cesó la “acción vulnerante causante”, y se utiliza cuando dicha acción se prolonga en el tiempo como consecuencia de una actividad permanente, sucesiva o continua del agente¹⁵, por ejemplo: cuando hay un vertimiento periódico de residuos tóxicos en un río que afecta la salud de una población cercana.¹⁶
- En consecuencia, el juez procederá a hacer el análisis respectivo. “Ha dicho la Sala:

“...el Juez de la acción de grupo debe verificar cuál de los dos eventos resulta aplicable en el caso concreto, para efectos de contar el término de caducidad de la acción, toda vez que son las circunstancias de éste las que permiten determinar si el hecho generador del daño se agota en un solo momento o se prolonga en el tiempo. No basta, entonces, la simple afirmación de las partes respecto de la aplicación de uno u otro de dichos eventos para un caso determinado, pues, como se dijo, la potestad para verificar cuál de los dos debe aplicarse para efectos de computar el término de caducidad de la acción de grupo recae, de forma exclusiva, en el Juez”.¹⁷

Sin perjuicio de lo dicho hasta el momento, existen dos casos concretos en los que la caducidad planteada en el artículo 47 de la ley 472 de 1998, se aplica de forma diferente, debido a ciertas situaciones especiales que exigen un tratamiento distinto, en virtud del principio de equidad.

El primer caso excepcional, se da cuando en el caso concreto, no se ha tenido conocimiento del daño o de la conducta generadora de éste en el momento mismo de su ocurrencia, porque, por ejemplo, sus consecuencias se defirieron en el tiempo. En este sentido, la Sala considera consecuente con su jurisprudencia respecto de la caducidad, aplicar lo que se ha dicho en los procesos de reparación directa, referido a que si no se conoce el daño o la conducta generadora del mismo, no puede contarse el tiempo de caducidad establecido en la ley hasta que éste

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, dieciséis (16) de junio de dos mil cinco (2005), Actor: Hernán Martínez Pinzón, Demandado: Municipio de Ibagué, Radicación No.: 73001-23-31-000-2002-00003-01(AG), C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Actor: Fernando Montoya Montoya – Personero Municipal de Cali, Demandado: Municipio de Santiago de Cali, Radicación No.: 76001-23-31-000-2002-04789-01(AG), C. P. Germán Rodríguez Villamizar

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, dieciséis (16) de agosto de dos mil uno (2001), Actor: Rosaura Hernán Martínez Pinzón, Demandado: Municipio de Ibagué, Radicación No.: 73001-23-31-000-2002-00003-01(AG), C. P. Manuel Santiago Urueta Ayola

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007), Actor: Marco Tulio Timarán Ortega y otros, Demandado: Municipio de Pasto, Radicación No.: 520012331000 2003 (AG-1869) 01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 2 de junio de 2005, expediente AG-00008, actor: Gloria Nancy Saray y otros. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E.

haya podido ser advertido por la víctima¹⁸. Obviamente, se debe precisar que no se trata de cuándo fue conocido por la víctima, que sería un hecho subjetivo imposible de demostrar, sino de cuándo objetivamente pudieron darse cuenta del daño o de la conducta dañina los miembros del grupo.

El segundo caso excepcional, se refiere a aquellos hechos que son susceptibles de demanda mediante la acción de grupo, pero que tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de la ley 472 de 1998, caso en el cual, sería injusto contar el término de caducidad de acuerdo con las hipótesis de que trata el artículo 47 de la ley 472, ya que para el momento en que ocurrió el daño o se dio la acción vulnerante, no se tenía la oportunidad de acceder a la administración de justicia mediante este mecanismo, por lo que no se puede contar un término para perder un derecho que no se tiene¹⁹. En estos casos se empieza a contar la caducidad desde la fecha en que empezó a regir la ley, el 6 de agosto de 1999, siempre que no haya caducado la acción individual correspondiente.²⁰

En similares términos, la jurisprudencia ha concluido que:

“El artículo 47 de la Ley 472 de 1998, establece que la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo, sin perjuicio de la acción individual que por estos hechos corresponda a cada uno²¹. Este es el llamado fenómeno de la caducidad, para cuya operación es necesario que se den dos requisitos: que transcurra el periodo de tiempo determinado por la norma y que dentro de este tiempo no se ejercite la acción.

“(…)

La anterior interpretación ha sido reiterada por el Consejo de Estado, en varios pronunciamientos²², en los cuales se ha agregado que ‘...el Juez de la acción de grupo debe verificar cuál de los dos eventos resulta aplicable en el caso concreto, para efectos de contar el término de caducidad de la acción, toda vez que son las circunstancias de éste las que permiten determinar si el hecho generador del daño se agota en un solo momento o se prolonga en el tiempo. No basta, entonces, la simple afirmación de las partes respecto de la aplicación de uno u otro de dichos eventos para un caso determinado, pues, como se dijo, la potestad para verificar cuál de los dos debe aplicarse para efectos de computar el término de caducidad de la acción de grupo recae, de forma exclusiva, en el Juez.²³

Obviamente, esta potestad del juez no es discrecional, sino que está directamente determinada por los hechos del caso concreto y, por ende, del material probatorio

¹⁸ Ver al respecto: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 26 de abril de 1984, expediente 3393, del 29 de junio de 2000, expediente 11.676. y 29 de enero de 2004, expediente 18273.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, auto de nueve de marzo de 2000, expediente AP-017 (sic), Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de agosto de 2007, expediente 76001-23-31-000-2004-00769-01 (AG).

²¹ Artículo 47. CADUCIDAD. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo.

²² Ver entre otros: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 22 de febrero de 2007, exp. AG 1869, actor: Marco Tulio Timarán Ortega y otros. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Auto 0005(AG) del 04/01/22. Actor: Francisco Fortich Villa Ponente: María Elena Giraldo Gómez.; Sección Quinta. Auto 0011(AG) del 03/06/05. Actor: José Alonso Castro Días y otros. Ponente: María Noemí Hernández.; Sección Primera. Auto 0014(AG) del 01/03/08. Actor: Defensoría del Pueblo. Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 2 de junio de 2005, expediente AG-00008, actor: Gloria Nancy Saray y otros. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E.

obrante en el expediente, lo cual trae varios inconvenientes, sobre todo si se trata de verificar la caducidad al momento de la presentación de la demanda o cuando se resuelven las excepciones previas, debido a que se trata de etapas procesales en donde no se ha reunido todo el acervo probatorio.

“Sin embargo, como precisamente la naturaleza de la caducidad es la pérdida del derecho de acción²⁴, es de vital importancia la apreciación de este fenómeno desde la presentación de la demanda y, por ello, el juez al analizar tal requisito, debe partir de la base de los hechos²⁵ señalados por el demandante (cuando se está dentro del análisis de la admisión de la demanda) o de aquellos aceptados por ambas partes (cuando ya hubo contestación y se está frente a las excepciones previas); sólo en circunstancias excepcionales, cuando tales hechos se muestran indeterminados (discutidos o discutibles) principalmente por su falta de prueba, debe dejarse este análisis al momento de dictar al fallo, pero se repite, esta decisión debe ser la excepción y no la regla general.”²⁶

Respecto del conteo del término para ejercer el derecho de acción, es importante para el operador jurídico no confundir la causa del daño con la prolongación del mismo, partiendo de esa diferencia el Consejo de Estado precisó en relación con el término para el ejercicio del derecho de acción en materia de acción de grupo lo siguiente:

“1.1. El artículo 47 de la ley 472 de 1998, dispone respecto de las acciones de grupo, que deberán promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo. Por lo tanto, para establecer el momento a partir del cual empieza a correr el término para intentar la acción, el juez debe en cada evento establecer si los daños producidos se originaron en un acto que se agotó en su ejecución o, en cambio, fueron producto de una serie sucesiva de hechos²⁷, aunque, debe tenerse cuidado de no confundir la causa del daño con la prolongación del mismo²⁸. (Subraya por fuera de texto original)

²⁴ **“La caducidad, como es bien sabido, es un fenómeno procesal eminentemente objetivo, mediante el cual, sin consideración a otras circunstancias, con el solo transcurso del tiempo establecido en la ley para ello sin que se haya intentado la acción judicial, se pierde la oportunidad de hacerlo;** con dichos términos preclusivos, que no se interrumpen -salvo la suspensión en caso del trámite de conciliación extrajudicial- ni pueden ser renunciados, se busca poner un límite al derecho de los administrados de discutir la legalidad de las actuaciones de la Administración o de reclamar su responsabilidad patrimonial, brindando de esta manera la certeza necesaria a sus decisiones y a su situación ante determinado evento litigioso” Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de febrero 17 de 2005, expediente 26.905, actor: José Jacobo Polo Villalobos y otros. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Ver entre otros: Auto de febrero 17 de 2005, expediente 28.360, actor: Carlos Hernando Guerra Ochoa y otros. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández E.; sentencia del 30 de noviembre de 2004, expediente: 25.976, actor: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

²⁵ En el caso concreto de las acciones de grupo, cuando se habla de hechos se hace referencia al suceso espacio-temporal dentro del cual ocurrieron “el” o “los” daños a los miembros del grupo demandante.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera auto del 18 de julio de 2007, expediente 25000-23-25-000-2005-01772-01(AG)

²⁷ Así lo consideró la Sala en providencia de 16 de junio de 2005, exp: AG- 73001-23-31-000-2002-00003-01.

²⁸ En sentencia de 2 de junio de 2005, exp: AG-25000-23-26-000-2000-00008-02, dijo la Sala: “...en la demanda se afirma que los apartamentos del edificio ‘han venido presentando problemas de deterioro progresivo es decir de tracto sucesivo sin que hasta la fecha haya cesado la acción vulnerante causante del daño’. En dicha afirmación, que se hizo a todo lo largo del proceso, se confunde la acción vulnerante con la agravación del daño, cuando se trata de dos situaciones diferentes. De acuerdo con los hechos de la demanda, la acción vulnerante se presentó al expedirse la licencia de construcción o durante la ejecución de la obra, lapso en cual no se cumplió con el control administrativo debido. Suponiendo que no podía establecer el momento en que ocurrieron esos eventos, nada impide que la fecha cierta, de inicio del término de caducidad, se estableciera a partir del momento de la consolidación del daño, esto es cuando los habitantes del edificio conocieron de los deterioros que presentaba la construcción, que de acuerdo con los informes de las entidades distritales, ya se presentaban en agosto de 1998. Debe aclararse, en todo caso, que por el hecho de que el daño se agrave después de su consolidación, implique que se trata de un daño continuado o de tracto sucesivo, como lo pretende el apoderado de los demandantes; ya que, de esa manera, el término de caducidad se prolongaría de manera indefinida. De allí que, para efectos de computar el término de la caducidad de la acción, se debe tomar como punto de

Por lo tanto, para establecer el momento a partir del cual se debe contar el término para intentar la acción, el juez deberá establecer, al resolver sobre la admisión de la demanda, cuándo se produjo el daño que aduce la parte demandante, no sólo porque así lo dispone expresamente la norma, sino en consideración a que su existencia constituye el fundamento de la acción de grupo, por tratarse de una acción indemnizatoria.

El término para intentar la acción de grupo fue regulado por el artículo 47 de la ley 472 de 1998 de manera diferente a como lo hace el Código Contencioso Administrativo para los juicios de reparación directa. En efecto, mientras que para estos procesos la norma dispone como el momento a partir del cual se empieza a contar el término para intentar la acción, el día siguiente al acaecimiento de la acción, omisión, operación administrativa u ocupación del inmueble, la ley 472 de 1998, para intentar la acción de grupo, establece dos eventos a partir de los cuales se empieza a contar ese término, a saber:

a. Desde el momento en que se aduzca o demuestre que se produjo el daño, momento que, por lo regular, habrá de coincidir con la ejecución del hecho, acción u omisión causantes del mismo, cuando tales actos se agotaron en su ejecución, como ha ocurrido, por ejemplo, con los daños causados a un grupo de personas por actos terrorista, cuyas consecuencias jurídicas fueron imputables también a la administración, por citar casos ya decididos por la jurisprudencia de la Sala²⁹.

La determinación del momento a partir del cual se empieza a contar el término para intentar la acción en estos eventos no resulta, por lo general compleja. Por lo tanto, señalado en la demanda, para efectos de su admisión, o establecido probatoriamente en el proceso, para efectos de una sentencia favorable, cuál fue el momento en que se produjo el daño, no habrá dificultad para contabilizar a partir de ese momento los dos años a que se refiere el artículo 47 de la ley 472 de 1998.

Sin embargo, puede ocurrir que la producción del daño no coincida con la materialización del hecho, acción u omisión causantes del mismo, porque dicho daño obedezca a un efecto retardado de una causa anterior. Puede suceder, por ejemplo con la ingestión de una droga que produzca daños en el organismo luego de un proceso lento de absorción o transformación del elemento. En tales casos, el término para presentar la demanda no debe contarse desde la producción o distribución del medicamento ni de su ingesta sino desde que se produzca el daño biológico, porque el artículo 47 de la ley 472 de 1998, se reitera, establece que el término para intentar la acción se cuenta desde el momento en que “se causó el daño”, norma que debe entenderse en el sentido de que tal momento lo es exactamente el de su consecución, cuando desde ese momento el daño es evidente al mundo exterior, pero si el daño se muestra con posterioridad al momento en que se produjo la conducta causante del mismo, el término para intentar la acción sólo correrá desde cuando se tuvo conocimiento del daño.

partida la fecha en que se realizaron los informes de la entidades distritales, en los cuales los demandantes dieron a conocer el deterioro de la edificación. Razón por la cual se declarará la caducidad de la acción de grupo. Debe aclararse, en todo caso, que por el hecho de que el daño se agrave después de su consolidación, implique que se trata de un daño continuado o de tracto sucesivo, como lo pretende el apoderado de los demandantes; ya que, de esa manera, el término de caducidad se prolongaría de manera indefinida. De allí que, para efectos de computar el término de la caducidad de la acción, se debe tomar como punto de partida la fecha en que se realizaron los informes de la entidades distritales, en los cuales los demandantes dieron a conocer el deterioro de la edificación. Razón por la cual se declarará la caducidad de la acción de grupo”.

²⁹ Ver, sentencias de 6 de octubre de 2005, exp. AG-410012331000200100948-01 y de 26 de enero de 2006, exp. 250002326000200100213-01.

O puede suceder que la materialización de la causa del daño coincida con la producción del mismo, pero que la existencia de dicho daño permanezca desconocida para el afectado, sin que esa ignorancia sea imputable a su desidia, en tal caso, de manera excepcional, en aplicación de principios y normas superiores como los de equidad, habría que contabilizar el término para presentar la demanda no desde el momento en que se produjo el daño sino desde el momento en que los afectados tuvieron conocimiento de su existencia. Así lo ha considerado la Sala en la acción de reparación³⁰.

*b. Desde el momento en que cese la acción vulnerante causante del daño. Se trata en este evento de los daños que no se produzcan como consecuencia de un acto aislado sino de hechos, acciones, u omisiones sucesivos, v. gr., de los que se derivan de factores contaminantes del ambiente. En estos eventos, el término para accionar se contará desde el momento en que cese de la "acción vulnerante causante del mismo". (...)*³¹

En el año 2010 el Consejo reiteró la postura planteada, lo cual se evidencia en la siguiente providencia:

"En desarrollo del artículo 47 de la ley 472 de 1998, las acciones de grupo, deberán promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo. En consecuencia, para establecer el momento a partir del cual empieza a correr el término para intentar la acción, el juez debe en cada caso particular establecer si los daños producidos se originaron en una actuación administrativa que se agotó en su ejecución o, en cambio, fueron producto de una serie sucesiva de hechos³². Sin embargo, debe tenerse especial cuidado de no confundir la causa del daño con la prolongación del mismo³³, pues el término de caducidad deberá computarse a partir del momento en que se produce

³⁰ En sentencia de 16 de agosto de 2001, exp: 13.772, dijo la Sala: "...en un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso concreto. No obstante, no debe perderse de vista que de conformidad con la ley, para establecer el término de caducidad se debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadores del perjuicio. Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria. Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que si bien dé aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concurra con su origen".

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de marzo de 2007, expediente 25000-23-25-000-2005-01799-01(AG)

³² Así lo consideró la Sala en providencia de 16 de junio de 2005, exp: AG- 73001-23-31-000-2002-00003-01.

³³ En sentencia de 2 de junio de 2005, exp: AG-25000-23-26-000-2000-00008-02, dijo la Sala: "...en la demanda se afirma que los apartamentos del edificio ´han venido presentando problemas de deterioro progresivo es decir de tracto sucesivo sin que hasta la fecha haya cesado la acción vulnerante causante del daño'. En dicha afirmación, que se hizo a todo lo largo del proceso, se confunde la acción vulnerante con la agravación del daño, cuando se trata de dos situaciones diferentes. De acuerdo con los hechos de la demanda, la acción vulnerante se presentó al expedirse la licencia de construcción o durante la ejecución de la obra, lapso en cual no se cumplió con el control administrativo debido. Suponiendo que no podía establecer el momento en que ocurrieron esos eventos, nada impide que la fecha cierta, de inicio del término de caducidad, se estableciera a partir del momento de la consolidación del daño, esto es cuando los habitantes del edificio conocieron de los deterioros que presentaba la construcción, que de acuerdo con los informes de las entidades distritales, ya se presentaban en agosto de 1998. Debe aclararse, en todo caso, que por el hecho de que el daño se agrave después de su consolidación, implique que se trata de un daño continuado o de tracto sucesivo, como lo pretende el apoderado de los demandantes; ya que, de esa manera, el término de caducidad se prolongaría de manera indefinida. De allí que, para efectos de computar el término de la caducidad de la acción, se debe tomar como punto de partida la fecha en que se realizaron los informes de la entidades distritales, en los cuales los demandantes dieron a conocer el deterioro de la edificación. Razón por la cual se declarará la caducidad de la acción de grupo..."

el daño, a menos que se tenga noticia del mismo en un momento posterior, caso en el cual se hará a partir de allí.”³⁴

Recientemente, en el mismo sentido la Sección Tercera de la citada corporación en sentencia proferida en el año 2014:

“El término para presentar la acción de grupo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, es de (2) dos años, los cuales se deben empezar a contabilizar desde ‘la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo’.

“Para determinar el momento a partir del cual debe empezar a contarse el término para presentar la acción de grupo resulta necesario precisar la causa del daño que se aduce, indagación que implica, a su vez, establecer cuáles son los hechos que se señalan como integradores de esa causa, la materialización del daño producido por esos hechos y, en algunos eventos, el momento en el cual el grupo tuvo o debió tener conocimiento de ese daño, amén de verificar si esa causa es, o no, común al grupo, porque el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 dispone, respecto de las acciones de grupo, que deberán promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en la cual se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo”³⁵

De las citas transcritas es evidente que el término de caducidad para las acciones de grupo es de dos años contados a partir a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo.

Sobre el particular, la jurisprudencia diferencia las dos posibilidades establecidas en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, así:

- i) El término de dos años se cuenta a partir de la fecha en que se causó el daño. Este evento es aplicable cuando el hecho generador del daño consistió en uno o varios eventos de ejecución instantánea que se agotan en su misma ejecución.
- ii) El término de dos años se cuenta a partir del momento en que cesó la acción vulnerante causante del daño. Este supuesto se aplica cuando dicha acción se prolonga en el tiempo como consecuencia de una actividad permanente, sucesiva o continua del agente.

Ahora bien, para efectos de determinar si la acción de grupo se presentó en el término ordenado por la ley, la jurisprudencia ha indicado que es necesario establecer la causa del daño, para a partir de allí, contabilizar el término de dos años para interponer la acción de grupo.

En el caso en estudio, los demandantes indicaron que la causa del presunto daño es el cobro del cargo por confiabilidad.

Según lo afirmado en el escrito de demanda, dicha situación ocurrió a partir del año 2006, cuando se profirió la resolución 071 de 2006- que estableció el cobro por confiabilidad.

La excepción de caducidad se encuentra demostrada en el caso particular, en atención a que los demandantes indicaron que el daño se configuró a partir del año 2006 -como se observa claramente a lo largo del escrito de demanda-, en consecuencia, comoquiera que la demanda se presentó en el mes de diciembre de 2015, no hay lugar a dudas respecto a que el término consagrado en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 se encuentra vencido.

Ahora bien, en gracia de discusión, los únicos valores que podrían los demandantes alegar para efectos de configurar el daño, corresponden al periodo de diciembre de 2015 a la fecha, fechas

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 25000-23-25-000-2001-09005-01(AG)

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, expediente 76001-23-31-000-2003-00834-02(AG)

en las cuales supuestamente se pagó por los accionantes el cargo por confiabilidad en su factura de servicios públicos domiciliarios.

No obstante lo anterior, respecto de los años anteriores, es evidente que la acción de grupo se encuentra caducada, en atención a que la configuración del daño, de acuerdo a lo afirmado por los demandantes, ocurrió en el año 2006 cuando, se estableció el cargo por confiabilidad.

4.2 “CADUCIDAD ESPECIAL” DE LOS VALORES FACTURADOS EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

Llamo la atención del despacho sobre el hecho de que el tema de los servicios públicos Domiciliarios tiene un régimen especial contenido en la Ley 142 de 1994, el cual debe ser interpretado de manera primordial frente a la Ley 472 de 1998, por razón del “principio de especialidad”.

Sobre este aspecto, El Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2014 con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero recapitulo los criterios de interpretación en conflicto de normas:

“existen tres criterios para solucionar los conflictos de normas: i) el criterio jerárquico o de primacía, según el cual la norma superior prima sobre la inferior (v.gr. la ley estatutaria del derecho de petición (vs) una la ley 1437 de 2011), ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior (v.gr. la ley 1437 de 2011 (vs) el Decreto - ley 01 de 1984), y iii) **el criterio de especialidad, según la cual la norma especial prima sobre la general, inclusive cuando esta última sea posterior (v.gr. la ley 1437 de 2011 (vs) la ley 1564 de 2012”**

Para el presente caso también es necesario tener en cuenta lo señalado en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 Régimen de Servicios públicos Domiciliarios que indica:

“Artículo 154 DE LOS RECURSOS. El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley.

“No son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno.

*“El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. **En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos.***

De los recursos de reposición y apelación contra los demás actos de la empresa que enumera el inciso primero de este artículo debe hacerse uso dentro de los cinco días siguientes a aquel en que la empresa ponga el acto en conocimiento del suscriptor o usuario, en la forma prevista en las condiciones uniformes del contrato.

Estos recursos no requieren presentación personal ni intervención de abogado aunque se emplee un mandatario. Las empresas deberán disponer de formularios para facilitar la presentación de los recursos a los suscriptores o usuarios que deseen emplearlos. La apelación se presentará ante la superintendencia.” (Negrilla y subrayado fuera del original).

Del artículo 154 de la Ley 142 de 1994 se advierte que si los demandantes se encontraban en desacuerdo con el cobro realizado en sus facturas de servicio de energía al evidenciar que se incluía el cargo por confiabilidad, pudieron interponer los recursos correspondientes, sin olvidar que, en ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas con una expedición superior a 5 meses. Por esta razón, también es extemporánea e improcedente la petición del grupo demandante, en tanto que lo pretendido deriva de facturas expedidas desde el año 2006.

Sobre el particular, el Consejo de Estado señaló recientemente señaló:

“De manera, pues, que el a-quo tiene razón al considerar que el usuario debió reclamar ante la empresa de servicios sobre el error de facturación, dentro de las oportunidades y términos previstos en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, agregando esta Sala, que en concordancia con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 89 de la misma Ley, en armonía con lo previsto en el Decreto 3087 de 1997, artículo 6, Parágrafo 1º, debe mediar solicitud expresa del usuario del servicio en tal sentido.

Por consiguiente, el pago de lo no debido reclamado en esta oportunidad por la actora, no es procedente, en primer lugar, porque no se encuentra prueba de que la demandante reuniera las condiciones de usuaria no regulada, máxime si se tiene en cuenta que el Oficio 0142 de 13 de noviembre de 2003, antes transcrito, precisa que entre el año 1986 a 1990, no existían conexiones de Nivel II.

En segundo término, porque al considerar y aceptar que el error fue subsanado a partir del 9 de marzo de 1999, fecha en que hizo la reclamación la actora a CODENSA S.A., solo tenía derecho a la devolución de cinco meses, ya que las normas antes reseñadas, son muy claras al establecer que debe mediar ‘solicitud de los interesados ante la respectiva entidad prestadora del servicio público’, para tales efectos. Y por cuanto el inciso 3º del artículo 154 de la Ley 142 de 1994, señala:

*El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación deben interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. **En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos**’ (las subrayas y negrillas son ajenas al texto).*

Norma de la que se deriva la caducidad de la acción para facturas con fechas mayores al término de cinco meses. Por lo tanto, la pretensión de la actora, relativa a la devolución de los dineros pagados por concepto de la Contribución de Solidaridad a partir del mes de julio de 1996 y hasta marzo de 1999, no es jurídicamente viable, como tampoco la cifra que resulte a su favor luego de aplicar la tarifa del nivel II, que correspondía al consumo entre julio de 1987 y septiembre de 1998, ya que las normas descritas por su carácter especial e imperativo no permiten hacer reintegros retroactivos, sino dentro de los cinco meses anteriores a una reclamación, como en este caso, la presentada el 9 de marzo de 1999.

En este orden de ideas, tampoco puede predicarse que hubo violación al principio de la buena fe y, por ende, abuso de poder dominante, por parte de CODENSA S.A., ya que a partir del 9 de marzo de 1999, fecha en que la actora efectuó la reclamación a CODENSA S.A., al enterarse de la irregularidad en la facturación se permitió a la citada empresa de servicios estructurar una nueva tarifa, previa las visitas técnicas, corrección y cambio de los medidores, y efectuar la devolución respectiva, de que dan cuenta los actos impugnados.”³⁶

De la jurisprudencia transcrita es posible concluir que para el caso particular de presuntos cobros improcedentes en las facturas -como es el asunto bajo estudio en tanto que los demandantes señalan que pagaron el cargo por confiabilidad- existe un término perentorio de cinco meses para realizar reclamaciones derivadas de dicha facturación, y en consideración a que este daño los demandantes lo configuran a partir del año 2006, no hay lugar a dudas que su petición esta fuera de término.

4.3 CONSIDERACIONES RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES DE FONDO FORMULADAS

³⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de abril de 2009, expediente 25000-23-27-000-2001-02288-01

4.3.1. TESIS DE LA DEFENSA

Honorables Magistrados, me permito fundamentar la defensa de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS en los siguientes puntos:

- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no es la entidad pública encargada de regular el servicio de energía eléctrica en Colombia, ni de la creación del “cargo por confiabilidad”. (excepción de falta de legitimación por pasiva).
- Existen razones de tipo técnico y de conveniencia que justifican el cobro de cargo por confiabilidad a los usuarios del servicio de energía eléctrica en Colombia, esto implica que no es considerado un daño antijurídico, sino parte del costo de sostenimiento y estabilidad del sistema eléctrico nacional.
- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha cumplido a cabalidad con las funciones consagradas en la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994. (ausencia de omisión)

A continuación procedo a desarrollar la tesis de la defensa.

4.3.2 ASPECTOS DE FONDO DE LA ACCIÓN

El accionante considera que la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS debe responder patrimonialmente por los perjuicios causados a los pertenecientes al grupo de accionantes bajo el argumento de que la entidad incurrió en omisión al no ejercer las funciones constitucionales de intervención, regulación vigilancia y control consagradas en el artículo 365 de la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994 y no ejercieron la supervisión del uso y manejo que las empresas generadoras de energía le estaban dando a estos recursos que pagaban todos los usuarios o suscriptores del servicio de energía.

4.3.2.1 AUSENCIA DE AFECTACIÓN POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA

En este capítulo procedo a exponer que la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS no ha causado el perjuicio a los accionantes ni por su acción ni por su omisión, por ende no tiene responsabilidad patrimonial respecto de los mismos, por cuanto ha actuado según su ámbito de competencia y sus actuaciones han sido proferidas de acuerdo con el marco jurídico vigente.

La Constitución Política en su artículo 333 garantiza el derecho a la libertad económica y la iniciativa privada, pero su ejercicio debe enmarcarse dentro de los límites del bien común. A su turno 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.

A su turno, la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 365 determina que: “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y en ese sentido es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

Así lo plasma la Corte Constitucional en la sentencia C-247 de 1997: “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.”

Y 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^{37[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, 64, 67, 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.”

Ahora bien, en la sentencia de 12 de diciembre de 2009 con ponencia del Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA en el proceso 18001-23-31-000-2004-00408-01(AP) se estableció el marco constitucional del asunto así:

“El artículo 365 de la Constitución Política determina que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y en esa medida debe asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio colombiano.”

A su vez, la anterior disposición prevé que la prestación de los servicios públicos puede ser por el Estado de forma directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares. Sin embargo, la regulación, control y vigilancia de tales servicios siempre se mantiene a cargo del Estado.

En concordancia con lo anterior, el artículo 367 de la Carta Política dispone que *“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”*.

Así mismo, dicha norma dispuso que los servicios públicos se sometían al régimen jurídico que fije la ley. En desarrollo de esta disposición constitucional, el legislador expidió la Ley 142 de 1994, que atribuyó las funciones de control, inspección y vigilancia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

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.

Por lo tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerce la función presidencial de inspección, control y vigilancia sobre las entidades que presten servicios públicos domiciliarios.

La función de inspección, consiste en la atribución de ésta Superintendencia para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica, administrativa de cualquier entidad prestadora de Servicios Públicos.

La vigilancia consiste en la atribución de la Entidad para velar por que las entidades sometidas a su vigilancia se ajusten y cumplan con lo establecido en la Ley y en las resoluciones que para el efecto expida la Comisión de Regulación respectiva.

Por su parte, el artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994 dispone que es función de ésta Superintendencia, 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 ésta función no sea competencia de otra autoridad.

En virtud de dicha facultad, la Superintendencia de Servicios Públicos puede imponer las sanciones previstas en el artículo 81 de la misma ley, previa investigación por denuncia u oficiosamente.

En síntesis, frente a los hechos relatados en la acción, la Superintendencia tiene la función de:

Artículo 79 numeral 25 Ley 142 de 1994: “Sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios.”

Artículo 79 numeral 29 Ley 142 de 1994. Resolver los recursos de apelación que interpongan los usuarios conforme a lo establecido en el artículo 159 de la Ley 142 de 1994.

Artículo 81 Ley 142 de 1994. Imponer las sanciones a quienes violen las normas a las que se encuentren sujetas.

Estas funciones le permiten a la Superintendencia ejercer el control efectivo sobre las decisiones que han proferido las empresas prestadoras de servicios públicos en primera instancia y de sancionar a los prestadores cuando no han atendido las quejas de los usuarios dentro de los términos debidos o cuando han violado el régimen al cual se encuentran sujetos.

Establecido el marco jurídico general de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, procedemos a analizar la demanda y a desvirtuar sus argumentos así:

Presumimos que el accionante pretende establecer la responsabilidad en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sobre dos supuestos:

- El primero es que el cobro del cargo por confiabilidad a los usuarios del servicio de energía fue innecesario porque no cumplió con el objetivo que era amortiguar los incrementos tarifarios ante el fenómeno del niño (causa del daño)
- El segundo por una presunta omisión en la función de vigilancia y control establecida en el artículo 79 numeral 13 de la Ley 142 de 1994 relacionada con la facultad de verificar que las empresas beneficiarias del cargo por confiabilidad cumplieran las obligaciones que les imponía la regulación. (responsable del daño)

Como se verá continuación, la tesis sobre la cual el accionante funda su demanda es equivocada, por cuanto como se demostrará en el trámite procesal: **No existe daño antijurídico, y segundo, que en manera alguna hubo omisión de las obligaciones a su cargo por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.**

4.3.2.2 ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El principio de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra consagrado en artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, y allí se establece la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que ocasione por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Allí también se establecen dos elementos esenciales los que configuran dicha responsabilidad, cuales son el daño antijurídico y la imputación del mismo a la entidad pública demandada³⁸.

El Consejo de Estado ha confirmado en sus jurisprudencias que la:

“cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, abarca tanto la responsabilidad de naturaleza contractual como la extracontractual; de su inciso primero, se deduce que son dos los elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. La trascendencia del precepto admite diversas aproximaciones de las cuales - para solo destacar dos - se hace notar que otorga una mayor autonomía a la teoría de la responsabilidad del Estado en relación con la responsabilidad de los particulares regulada en el derecho privado y que estructura mejor la responsabilidad como tendiente a reparar los daños antijurídicos a la víctima antes que a sancionar a un agente infractor (el Estado) de las reglas de derecho. Por lo anterior, no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico. Esa sola circunstancia cambia, de modo fundamental, la naturaleza y la finalidad de la institución que, de simplemente sancionatoria pasa a ser típicamente reparatoria, tomando en cuenta para su operatividad no tanto al agente del daño (merecedor de la sanción), sino a su víctima (merecedora de la reparación). Una visión de esa naturaleza ha permitido que la responsabilidad del Estado se comprometa frente a los daños que origina tanto su acción injurídica (como ha sido la tesis tradicional) como su conducta lícita que es donde se nota, con mayor énfasis, el carácter netamente reparatorio que ha ido adquiriendo la teoría. Se desliga, de esta manera, la antijuridicidad del daño de su causación antijurídica; esta última será, en adelante uno de los criterios de imputación del daño que “permite trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacía el patrimonio de la administración y, eventualmente, dirimir

³⁸ CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
19 de agosto de 2004 Radiación número: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791) DM

también el reparto de responsabilidades entre aquella y el agente físico cuya conducta haya causado el daño³⁹

En cuanto a la definición del “Daño”, y “daño antijurídico” en la misma sentencia el Consejo de Estado estableció:

“El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc....” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.” Según se ha visto, **condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico**, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”. Adviértase como, entendido así el daño antijurídico frente al cual el estatuto superior impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc.), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento.”

Y en cuanto a la noción del concepto de “daño “antijurídico y el de “imputabilidad:

“El art. 90, inc. 1º de la Carta Política, exige - en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado -, que los daños antijurídicos sean “causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, con lo cual se refiere al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica. De allí que elemento indispensable - aunque no siempre suficiente - para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero. En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexo con él.⁴⁰”

Y finalmente en cuanto a la responsabilidad del Estado por “Omisión” la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que atendiendo el ordenamiento jurídico, para que la misma prospere se necesita que se encuentren acreditados los siguientes requisitos:

- “a) la existencia de una obligación legal o reglamentarla a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios;
- b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso;
- c) un daño antijurídico, y
- d) la relación causal entre la omisión y el daño.

Frente a este último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión⁴¹”

³⁹ CONSEJO DE ESTADO Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ noviembre 11 de 1999 Radicación número: 11499

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ noviembre 11 de 1999 Radicación número: 11499

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., 16 de abril 2007 Radicación

Como se observa, la norma en cita establece que para que se predique la responsabilidad de las entidades estatales se requiere que se acrediten dos elementos: por un lado, el daño antijurídico que es entendido como el daño que los ciudadanos no están en la obligación de soportar y de otro lado, una acción u omisión del Estado a la que le sea imputable el daño alegado.

En el presente caso, respecto al daño patrimonial, se circunscribe frente a los usuarios al hecho de haber cancelado dentro de la factura de servicios públicos del servicio de energía eléctrica el concepto de "cargo por confiabilidad", el cual de entrada puede ser descartado por cuanto, como se ha explicado en este escrito y se profundizará en el trámite procesal, corresponde al pago de los usuarios para garantizar la confiabilidad del sistema, sino a conceptos necesarios que garantizan de manera responsable la estabilidad del sistema de prestación del servicio de energía del País, que debe considerar no solo las variables del precio ante situaciones del mercado o de la naturaleza que lo puedan afectar, como el incentivo de la inversión en el sector generador que protejan y garanticen a futuro suplir la necesidades de la población.

Es así señores Magistrados que en el presente caso no puede hablarse de "daño" a los usuarios del servicio por el cobro del concepto de cargo por confiabilidad, sino que corresponde al precio pagado por los usuarios para garantizar la confiabilidad del sistema establecido por la Comisión de Regulación de Energía Gas.

Más aún, si en vía de discusión se admitiera que si se configuró un daño, es claro que el mismo no es antijurídico, sino por el contrario, obedece al cumplimiento del deber regulatorio que nos corresponde asumir a todos y cada uno de los beneficiarios del servicio de energía eléctrica en Colombia, y por ello tampoco procedería la indemnización pretendida por el grupo accionante.

Adicionalmente, hago notar al despacho que el demandante pretende establecer un nexo entre dos situaciones que no tiene relación. La primera es la legalidad o no del cobro del cargo por confiabilidad, en el cual se pretende que se realice un juicio respecto de aspecto tarifario del servicio, es decir, si procedía o no su implementación por parte de la CREG, y con ello vincular el aspecto económico de los usuarios que pagaron el servicio. Y el segundo aspecto consiste en juzgar si las empresas beneficiarias cumplieron a cabalidad o no con las obligaciones a su cargo, siendo en este escenario que se vincula a la entidad de control y vigilancia, alegando omisión en las funciones a su cargo.

Como si fuera poco, el accionante tampoco estableció con claridad si el presunto perjuicio económico se configuró cuando se cobró el cargo por confiabilidad a los usuarios o cuando según Él no tuvo efecto el objetivo del cargo y presuntamente se le trasladaron al usuario el incremento de las tarifas ante el fenómeno del niño, que restringió la generación de energía. Esta consideración es de gran relevancia, porque la determinación del supuesto daño debe especificar de manera clara el monto del mismo en la facturación y le correspondía al grupo demandante acreditar que se incrementaron las tarifas por el fenómeno del niño o que los dineros recaudados con el cargo por confiabilidad no fueron destinados para el fin para el que fue creado

Todo esto nos denota la forzada relación entre los hechos expuestos por el accionante para establecer el fundamento o nexo causal de la pretendida indemnización.

Como en el presente asunto el daño no se encuentra debidamente acreditado por las razones que se han expuesto, ni siquiera hay lugar a estudiar la imputación en el caso concreto. Así lo ha señalado, en varias oportunidades, la jurisprudencia del Consejo de Estado:

"1. Conforme lo ha sostenido esta Sala⁴², es necesario precisar que el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente

número: 25000-23-27-000-2001-00009-01(AG) ver además sentencias del 23 de mayo de 1994, exp: 7616; Sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp: 14.122; Sentencia de 21 de febrero de 2002, exp:12.789"

⁴² Consejo de Estado. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Expediente: 20001-23-31-000-1998-03813-01 (18.451) M.P. Enrique Gil Botero

estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

“Ahora bien, es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad⁴³, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona⁴⁴, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar.

“(…)

“La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada.

“(…) comoquiera que el daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, se torna inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral y basamento indispensable de la responsabilidad extracontractual del Estado.”⁴⁵

4.3.2.3 MARCO JURIDICO DEL CARGO POR CONFIABILIDAD

A continuación me permito socializar el régimen jurídico del Cargo por confiabilidad con el fin de sustentar lo expuesto hasta ahora:

El Artículo 4 de la Ley 143 de 1994 dispone que el Estado deberá velar por la operación eficiente y confiable del sector eléctrico⁴⁶.

⁴³ “El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad.” HENAO, Juan Carlos. El daño. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998. Pág. 37.

⁴⁴ REGLERO CAMPOS, L. Fernando. Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Aranzadi. Navarra. 2002. Pág. 210.

“La noción ontológica del daño que aquí se acredita es la defendida por aquella parte de la doctrina que desmaterializa y despatrimonializa el daño. Las razones de esta visión son varias, de naturaleza teórica y de política del derecho. Hoy en día ‘daño’ no es ya, en la conciencia social, ni en la praxis jurisprudencial, ni en las propias intervenciones legislativas, un simple detrimento del patrimonio de la víctima del ilícito: daño es la *lesión de un interés protegido*, y se agota en esto.” (Cursiva en original) ALPA, Guido. Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil. Jurista Editores. Roma. 2006. Pág. 773.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2011, expediente 05001-23-24-000-1995-00038-01 (20.776).

⁴⁶ Ley 143 de 1994 “**Artículo 4o.** El Estado, en relación con el servicio de electricidad tendrá los siguientes objetivos en el cumplimiento de sus funciones:

a) Abastecer la demanda de electricidad de la comunidad bajo criterios económicos y de viabilidad financiera, asegurando su cubrimiento en un marco de uso racional y eficiente de los diferentes recursos energéticos del país;

b) Asegurar una operación eficiente, segura y confiable en las actividades del sector;

c) Mantener y operar sus instalaciones preservando la integridad de las personas, de los bienes y del medio ambiente y manteniendo los niveles de calidad y seguridad establecidos.”

Que a su vez, el artículo 20 de la misma, establece que la regulación energética creará las condiciones que hagan posible asegurar la prestación adecuada del servicio, situación que implica que los recursos energéticos deben utilizarse de forma eficiente y en favor del usuario en términos de calidad⁴⁷.

En razón de lo anterior, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante CREG), en el ejercicio de sus funciones, diseñó y reguló el esquema del cargo por confiabilidad a través de la Resolución CREG 071 de 2006.

De acuerdo con el artículo 2 de la Resolución en mención, el cargo por confiabilidad se define como:

“Remuneración que se paga a un agente generador por la disponibilidad de activos de generación con las características y parámetros declarados para el cálculo de la ENFICC, que garantiza el cumplimiento de la Obligación de Energía Firme que le fue asignada en una Subasta para la Asignación de Obligaciones de Energía Firme o en el mecanismo que haga sus veces. Esta energía está asociada a la Capacidad de Generación de Respaldo de que trata el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 y es la que puede comprometerse para garantizar a los usuarios la confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica bajo condiciones críticas.” (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

En otras palabras, el esquema del cargo por confiabilidad consiste en un pago que realizan los usuarios del Sistema Interconectado Nacional - SIN a los generadores de energía, quienes en contraprestación se obligan a entregar una cantidad determinada de energía al precio de escasez definido por la CREG, en el evento en que el precio de bolsa supere el precio de escasez. El monto de la obligación del generador se encontrará limitado por la cantidad de Obligaciones de Energía en Firme - OEF que le es asignada, bien sea a través de una subasta o mediante asignaciones administradas.

Es así, que el objetivo principal (aunque no el único) de este mecanismo, es garantizar la confiabilidad del suministro de energía eléctrica en momentos de escasez a cambio de un precio pagado por la demanda⁴⁸.

Ahora bien, para delimitar por completo el alcance del esquema, es necesario entender qué se entiende por confiabilidad. Al respecto, la CREG ha establecido que la confiabilidad es una garantía que tiene dos acepciones principales, la primera asociada con la capacidad de respuesta de la oferta ante eventualidades de la demanda y del abastecimiento; la segunda, que se refiere a la volatilidad de los precios del mercado:

“La confiabilidad se puede desagregar en dos condiciones:

*La primera una condición relacionada con la seguridad en la operación del sistema, está condición es de corto plazo y en esencia **se refiere a la capacidad de respuesta del sistema ante eventualidades en la demanda o en la oferta.***

La segunda condición está relacionada con la suficiencia en el abastecimiento, que corresponde a un concepto de mediano y largo plazo, y se refiere a la capacidad del sistema de atender la demanda futura de energía del mismo. (...)

*Por otra parte, **dadas las altas volatilidades en los precios del mercado, se genera incertidumbre que el inversionista valora como un mayor nivel de riesgo en la inversión. Así mismo los usuarios prefieren no recibir una señal de precios volátil, con lo cual están dispuestos a asumir dicho costo.** Es por esto que la reducción razonable de la volatilidad., tanto desde el punto de vista de los usuarios como de los inversionistas, se constituye igualmente, en un elemento importante dentro de los propósitos del cargo. (...)*

⁴⁷ Ley 143 de 1994 “Artículo 20. En relación con el sector energético la función de regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible.”

⁴⁸ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Documento Cargo por Confiabilidad. 17 de julio 2006. P.16. disponible en internet en:
[http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/7c7ee4f6ee5328880525785a007a6d04/\\$FILE/CARGO%20POR%20CONFIABILIDAD.pdf](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/7c7ee4f6ee5328880525785a007a6d04/$FILE/CARGO%20POR%20CONFIABILIDAD.pdf)

De igual manera que para determinar la magnitud que por confiabilidad están dispuestos a pagar los usuarios, la determinación del valor de dicha confiabilidad debería ser el resultado de las fuerzas del mercado y hasta que este grado de desarrollo se logre, es labor del regulador establecer el valor del pago por confiabilidad que deben realizar los usuarios. En este sentido el valor total del monto a remunerar por concepto de Cargo por Confiabilidad, asociado con Energía Firme”⁴⁹. (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

De este modo, queda claro que el esquema del cargo por confiabilidad es un servicio remunerado, que consiste en garantizar el abastecimiento **de energía y el acceso efectivo de la demanda a un precio determinado por la CREG en momentos de escasez.**

Elementos del Cargo por Confiabilidad

- a) **Prima del Cargo:** Es el precio que debe pagar toda la demanda por el servicio, y que es recaudado por todos los generadores de acuerdo con lo estipulado en el Anexo 8.2.1. de la Resolución 071 de 2006⁵⁰.
- b) **Energía en Firme para el Cargo por Confiabilidad (ENFICC):** Es el límite de Energía que cada generador puede llegar a comprometer en el esquema, y equivale a *“la máxima energía eléctrica que es capaz de entregar una planta de generación continuamente, en condiciones de baja hidrología, en un período de un año”*⁵¹
- c) **Demanda Objetivo:** Es la necesidad de energía que se pretende respaldar con el esquema del cargo, que equivale a *“la sumatoria de valores de la demanda doméstica de los comercializadores (...) para cada uno de los meses comprendidos entre el 1º de Diciembre y el 30 de noviembre del año siguiente al Período de Planeación, más un porcentaje que fijará la CREG”*, y que se pretende cubrir con las Obligaciones de Energía en Firme.
- De acuerdo con el artículo 18 de la Resolución CREG 071 de 2006, la sumatoria de las ENFICC deberá ser mayor o igual a la demanda objetivo, cosa que deberá revisar la CREG durante el primer semestre de cada año.
- d) **Obligaciones de Energía en Firme (OEF):** *“Vínculo resultante de la Subasta o del mecanismo que haga sus veces, que impone a un generador el deber de generar, de acuerdo con el Despacho Ideal, una cantidad diaria de energía durante el Período de Vigencia de la Obligación, cuando el Precio de Bolsa supere el Precio de Escasez.”*⁵²
- e) **Precio de Escasez**⁵³: Es el precio de ejercicio de la opción en momentos de activación del esquema del cargo por confiabilidad, al respecto la CREG ha explicado que:

*En este sentido, la consideración de una obligación de energía firme con un precio de ejercicio, permite una remuneración adecuada de la inversión, **implicando que el usuario no debe estar expuesto a precios altos en la medida en que éstos no son por sí solos suficientes para la remuneración de la inversión. Por lo tanto, la existencia del precio de ejercicio protege a la demanda contra estos precios altos,** al tiempo que permite una remuneración suficiente de la inversión y*

⁴⁹ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Documento Propuesta para la Determinación y Asignación del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía. 25 de junio 2004. P.6. disponible en internet en: [http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/08f34a00452223770525785a007a6865/\\$FILE/D-038-PROPUESTA%20DETERMINACI%C3%93N%20Y%20ASIGNACI%C3%93N%20DE%20CARGO..pdf](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/08f34a00452223770525785a007a6865/$FILE/D-038-PROPUESTA%20DETERMINACI%C3%93N%20Y%20ASIGNACI%C3%93N%20DE%20CARGO..pdf)

⁵⁰Resolución CREG 071 ANEXO 8: 8.2.1 Cálculo del Valor a Recaudar de cada planta y/o unidad de generación i (VR_{i,m})
Cada planta y/o unidad de generación recaudará a través de sus ventas de energía la cantidad resultante de aplicar la siguiente expresión:

$$VR_{i,m} = CERE_m * G_{i,m}$$

donde G_{i,m} es la generación real de la planta o unidad de generación i en el mes m, expresada en kilovatios hora. Las plantas no despachadas centralmente recaudarán con sus ventas en bolsa.

⁵¹ Resolución CREG 071 de 2006 Artículo 2.

⁵² Resolución CREG 071 de 2006 Artículo 2.

⁵³ Resolución CREG 071 de 2006 Artículo 2. (...) **Precio de Escasez:** Valor definido por la CREG y actualizado mensualmente que determina el nivel del precio de bolsa a partir del cual se hacen exigibles las Obligaciones de Energía Firme, y constituye el precio máximo al que se remunera esta energía.

los costos de operación cuando están acompañados del pago de una prima⁵⁴.
(Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Las finalidades de este precio son i) mitigar el poder de mercado en la bolsa de energía durante periodos de escasez ii) cubrir a la demanda contra precios altos, iii) es el indicador adecuado de la escasez o abundancia de un bien, iv) disminuir el riesgo regulatorio de intervención del mercado, v) disminuir la incertidumbre en la estimación de ingresos de los agentes, vi) hace una asignación adecuada del riesgo al generador⁵⁵.

4.3.2.4 Esquema del Cargo Por Confiabilidad desde las competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Con el fin de poder dar claridad acerca del propósito buscado por el regulador con la implementación del esquema del cargo por confiabilidad, así como las obligaciones que se imponen a los agentes que libremente acuden a participar en él, a continuación, se presentan algunos antecedentes y obligaciones explícitas e implícitas en la regulación que permiten aclarar las funciones de la SSPD en relación con sus funciones de vigilancia, inspección y control.

En primer lugar, de conformidad con el documento CREG 038 de 2004, denominado “PROPUESTA PARA LA DETERMINACIÓN Y ASIGNACIÓN DEL CARGO POR CONFIABILIDAD EN EL MERCADO DE ENERGÍA MAYORISTA”, puesto a consideración de los agentes mediante la Resolución CREG 050 de 2004⁵⁶, la Comisión indica que el cargo:

“permite disminuir incertidumbre sobre flujos financieros esperados de caja para proyectos existentes y para proyectos nuevos, de forma tal que se tengan señales de largo plazo como incentivo a la instalación de nueva generación en el país y a la permanencia de la existente. El mecanismo planteado para la remuneración por concepto de Cargo por Confiabilidad (...) permite a los agentes generadores, tanto térmicos como hidráulicos y de otras tecnologías, la autovaloración de sus recursos de generación, eliminando el procedimiento centralizado de determinar el valor de agua y los costos variables de generación y vincula de manera consecuente, esta valoración con el mercado ocasional.” (Subrayado por fuera del texto)

Así mismo, el mencionado documento dispone que:

“Cuando se establece un pago por confiabilidad en un mercado en competencia, se identifican dos retos fundamentales: i) establecer un monto apropiado de acuerdo con las condiciones de confiabilidad que se hayan establecido y ii) distribuirlo de manera efectiva.” (Subrayado por fuera del texto)

Posteriormente, en el documento soporte de la Resolución CREG 043 de 2006⁵⁷, el regulador planteaba las siguientes novedades del esquema:

(...)

- *Reciprocidad: el generador que recibe remuneración por concepto de un Cargo por Confiabilidad se compromete a entregar, en caso de condiciones críticas de abastecimiento de la demanda, una cantidad de energía determinada, a un precio definido por la CREG, y es penalizado en caso de incumplimiento.*
- *Mecanismo de mercado: la remuneración del Cargo por Confiabilidad es el resultado de implementar un mecanismo de subastas que permite remunerar de manera eficiente la energía firme que puede aportar cada planta, en la medida en que se basa en un esquema de competencia.*

⁵⁴ Opcit COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGIA Y GAS. Documento Cargo por Confiabilidad. P. 26.

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ Por la cual se somete a consideración de los agentes y demás interesados el Documento CREG 038 de 2004, el cual contiene una propuesta para la determinación y asignación del Cargo por Confiabilidad en el Mercado de Energía Mayorista

⁵⁷ Por la cual se ordena hacer público un proyecto de resolución de carácter general que pretende adoptar la CREG, con el fin de establecer la metodología para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía

- *Señal de expansión: la valoración eficiente de la energía, así como la posibilidad de que los nuevos proyectos de generación puedan contar con un ingreso fijo durante un período máximo de diez años, proporcionan señales claras para los agentes que quieran invertir en la ampliación del parque de generación, condición necesaria para soportar el crecimiento económico del país. Por su parte, los generadores existentes contarán con un incentivo claro para contribuir a la confiabilidad del sistema.*
- *Flexibilidad en la selección del combustible: para el caso de generadores termoeléctricos, el pago del Cargo por Confiabilidad está sujeto a la demostración de un abastecimiento continuo de un combustible o una mezcla de ellos (gas natural, carbón, combustibles líquidos), siendo decisión del agente escoger cuál es el energético o la mezcla más eficiente.*
- *Nuevos instrumentos de respaldo: con el fin de facilitar el cumplimiento de la obligación de entregar energía en condiciones críticas de abastecimiento, la CREG ha propuesto implementar un conjunto de mecanismos denominados Anillos de Seguridad, que incorporan herramientas como el mercado secundario de energía firme, la reducción voluntaria del consumo de algunos usuarios a cambio de una remuneración y la posibilidad de contar con un activo de generación de último recurso. (...)*

Por otra parte, en dicho documento se hizo mención al denominado precio de ejercicio (precio de escasez), en el que la Comisión planteó, entre otros, los siguientes elementos que evidencian la necesidad de su determinación:

“(...)

- *Mitigación del poder de mercado en la bolsa de energía. (...)*
- *Brinda cubrimiento a la demanda contra precios altos. (...)*
- *Mecanismo transparente y confiable para la determinación de la existencia o no de condiciones críticas. (...)*
- *Reciprocidad - Incentivos: Es un objetivo fundamental de la propuesta del Cargo por Confiabilidad establecer claramente las obligaciones adquiridas por aquellos generadores remunerados mediante este cargo, adquiriendo la obligación de entrega de energía, en este sentido la existencia del precio de ejercicio implica que el generador no solo adquiere la obligación de disponer de la energía firme requerida, sino adicionalmente la obligación de entregarla a un precio máximo previamente establecido. El precio de ejercicio determina el incentivo que penaliza al generador que no dispone de la energía comprometida obligándolo a comprar a precio de bolsa, sin límite, en el mercado de corto plazo. A su vez premia al generador que puede ofrecer más energía de la comprometida en las condiciones de escasez y paga lo justo al que cumple el compromiso. (...)*
- *Disminuye incertidumbre en la estimación de ingresos de los agentes. (...)*
- *Asignación adecuada del riesgo a quien lo puede administrar: En un mercado de energía de corto plazo, en el cual la demanda es altamente inelástica, la gestión adecuada del riesgo de precio solo puede ser realizada por el generador, por lo tanto, la existencia del precio de ejercicio reconoce esta situación y asigna la gestión de dicho riesgo de manera eficiente al generador, quien es el agente que puede administrarlo, en este caso mediante el respaldo del activo de generación con una capacidad de generación bien determinada para el cubrimiento de la condición extrema. (...)* (Subrayado por fuera del texto)

Ahora bien, dentro de la filosofía del esquema propuesto por la Comisión en este documento, se afirma que:

“Para asegurar que en condiciones críticas todos los recursos de generación, tanto térmicos como hidráulicos, tengan el incentivo de abastecer la demanda, el precio de ejercicio debe corresponder al valor de la planta térmica más costosa que se pudiera utilizar en el sistema.” (Subrayado por fuera del texto)

Posteriormente, la CREG expidió la Resolución CREG 071 de 2006, por medio de la cual se establece el esquema del cargo por confiabilidad. Es importante resaltar que el artículo 18 de esta resolución prevé que las Obligaciones de Energía en Firme tendrán un periodo de vigencia de un año, comprendido entre el 1 de diciembre y el 30 de noviembre del siguiente año calendario, lapso en el cual los generadores adjudicatarios de las mismas recibirán el cargo correspondiente. De esta resolución, se destacan los siguientes apartes sobre los cuales se subrayan los elementos que imponen y/o enmarcan a la Superintendencia obligaciones asociadas con sus funciones de vigilancia, inspección y control:

“(…)

Cargo por Confiabilidad: Remuneración que se paga a un agente generador por la disponibilidad de activos de generación con las características y parámetros declarados para el cálculo de la ENFICC, que garantiza el cumplimiento de la Obligación de Energía Firme que le fue asignada en una Subasta para la Asignación de Obligaciones de Energía Firme o en el mecanismo que haga sus veces. (...)

Curva S: Gráfico presentado por los agentes que representen comercialmente plantas y/o unidades de generación nuevas o especiales como requisito para participar en las Subastas, que muestra en la ordenada el porcentaje estimado de avance del proyecto durante el tiempo de ejecución y en la abscisa el tiempo transcurrido. (...) La obligación de cumplir con la Curva S, con el cronograma de construcción o repotenciación de la planta o unidad de generación y con la puesta en operación de la misma, será objeto de verificación mediante una auditoría que deberá ser contratada por el Administrador de la Subasta. (...)

Obligación de Energía Firme: Vínculo resultante de la Subasta o del mecanismo que haga sus veces, que impone a un generador el deber de generar, de acuerdo con el Despacho Ideal, una cantidad diaria de energía durante el Período de Vigencia de la Obligación, cuando el Precio de Bolsa supere el Precio de Escasez. Esta cantidad de energía corresponde a la programación de generación horaria resultante del Despacho Ideal hasta una cantidad igual a la asignación hecha en la Subasta, considerando solamente la Demanda Doméstica, calculada de acuerdo con lo definido en esta resolución. (...)

El Período de Vigencia de la Obligación para el caso de las plantas y/o unidades de generación existentes será de un año, que inicia el día siguiente a la fecha en que finaliza el Período de Planeación. (...)

Únicamente podrán participar en la Subasta, o en el mecanismo de asignación que haga sus veces, aquellos agentes propietarios o que representen comercialmente plantas y/o unidades de generación a las cuales se les haya determinado la Energía Firme para el Cargo por Confiabilidad (...)

Los contratos de suministro de combustibles y transporte en firme de gas natural, así como los mecanismos adicionales que emplee el agente generador para sus plantas y/o unidades de generación térmica, deben garantizar el respaldo de las Obligaciones de Energía Firme de un agente generador. (...)

Verificación del cumplimiento de la entrega de energía firme y Liquidación. Para cada una de las horas en las cuales el Precio de Bolsa supere el Precio de Escasez, el ASIC determinará el valor de las desviaciones de las Obligaciones de Energía Firme para cada uno de los generadores (...)

Los Anillos de Seguridad son un conjunto de mecanismos orientados a facilitar el cumplimiento de las Obligaciones de Energía Firme. Estos mecanismos son el Mercado Secundario de Energía Firme, las Subastas de Reconfiguración, la Demanda Desconectable Voluntariamente y la Generación de Última Instancia. (...)

Exclusivamente para efectos de respaldar las obligaciones asociadas al Cargo por Confiabilidad, se exigirán según sea el caso, las siguientes garantías: 1. Garantía

por la energía firme incremental referente a una declaración de energía firme superior a la ENFICC Base, para el caso de plantas hidráulicas. 2. Garantía por la construcción y puesta en operación de plantas y/o unidades de generación nuevas y especiales. 3. Garantía por la energía firme asociada al primer año de operación de una unidad nueva de acuerdo con el IHF empleado para el cálculo de la ENFICC. 4. Garantía por el incremento futuro de ENFICC debido a la mejora en el índice IHF de una planta o unidad de generación. 5. Garantía de continuidad de los contratos de suministro y transporte de combustibles cuando la duración de los mismos es inferior al Período de Vigencia de la Obligación. 6. Cualquier otro evento que se derive de lo ordenado en la presente resolución. (...)

Cuando un generador declare para el despacho horario una disponibilidad igual a cero (0) y la planta y/o unidad de generación sea requerida por el CND para cubrir una generación de seguridad, si la planta y/o unidad de generación se encuentra indisponible y las autoridades competentes determinan que su indisponibilidad no es justificada, el agente será responsable por los perjuicios derivados del racionamiento causado, sin perjuicio de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueda tomar posesión de la empresa, de conformidad con el artículo 59.1 de la Ley 142 de 1994. (...)"

Teniendo en cuenta lo expuesto en los antecedentes citados, la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios entiende que el instrumento regulatorio dispone lo siguiente:

1. El esquema del cargo por confiabilidad es un mecanismo regulatorio para, entre otros propósitos, incentivar la instalación de nueva generación en el país y remunerar el respaldo que las plantas existentes o nuevas le ofrecen al sistema, con el fin de garantizar la atención continua de la demanda.
2. El esquema busca, a través de mecanismos de mercado, valorar adecuadamente el costo eficiente de la confiabilidad eléctrica y distribuir dicho costo de forma efectiva.
3. Las obligaciones adquiridas por los agentes sólo se activan cuando el precio de bolsa supera el precio de escasez durante el periodo de vigencia de la obligación, el cual es de un año para las plantas existentes.
4. Dichas obligaciones consisten en mantener la disponibilidad de los activos de generación con los cuales se respalda el cargo, de mantener vigentes contratos de suministro y transporte de combustible en cantidad suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, y de entregar la cantidad de energía comprometida siempre y cuando deba hacerlo de conformidad con el despacho ideal. **Sobre estas obligaciones se enmarcan las funciones de vigilancia de la SSPD en relación con el esquema del cargo por confiabilidad.**
5. Los anillos de seguridad del esquema, les permiten a los agentes generadores de energía eléctrica con compromisos de energía firme respaldar sus obligaciones a través de mecanismos de mercado o de respaldo físico a través de terceros (generadores o usuarios finales). Si bien dichos anillos de seguridad son instrumentos para facilitar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los agentes, no son obligatorios como garantía de respaldo.
6. La definición inicial del precio de escasez buscaba remunerar parte de los costos eficientes de las plantas que adquieren obligaciones de energía firme.
7. El esquema permite que representantes comerciales de activos de generación puedan participar de la asignación de obligaciones de energía firme, sin que se requiera algún instrumento patrimonial vinculante con el propietario de dichos activos.
8. Para el caso de proyectos nuevos o especiales⁵⁸, el mecanismo establece que el seguimiento al cumplimiento de su ejecución se efectúa a través de una auditoría contratada

⁵⁸ Se consideran Plantas y/o Unidades de Generación Especiales las que se encuentran en proceso de construcción o instalación a la fecha de ejecución de la Subasta, o del mecanismo de asignación que haga sus veces, y las instaladas que vayan a ser repotenciadas

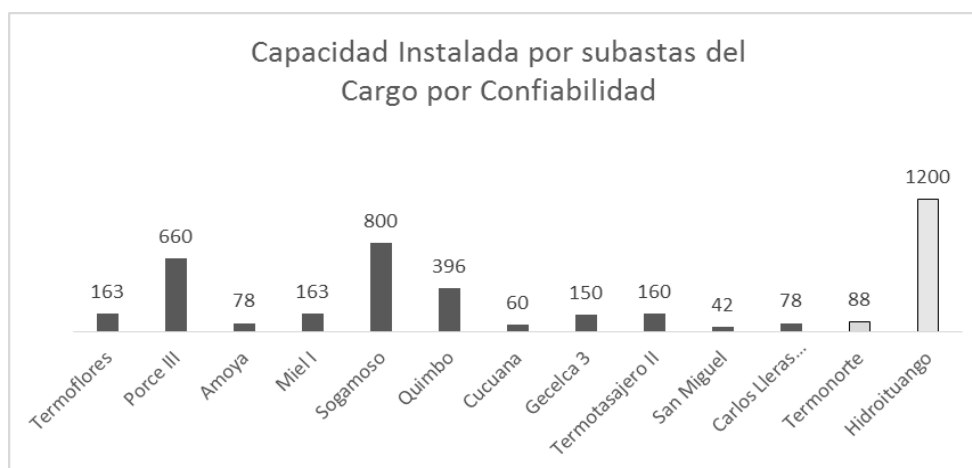
por el administrador del sistema de intercambios comerciales del mercado mayorista de energía, ASIC.

Inversiones en nuevas plantas de generación

Teniendo en cuenta que la intención del mecanismo mencionado es el de brindar confiabilidad al mercado de energía eléctrica, el uso que se le ha dado a este dinero comprende, entre otros, la construcción de nuevas plantas de generación e inversiones en las plantas existentes.

Con referencia a las plantas de generación nuevas, se puede observar que se han construido un total de 11 megaproyectos que no hubieran sido posibles sin los incentivos regulatorios dados por el cargo por confiabilidad, que suman 2.750 MW representando el 16,6% del total de la capacidad instalada del SIN y, sin los cuales, sería prácticamente imposible atender la demanda de energía eléctrica en periodos de escasez. Incluyen obras como las de Porce III, Hidrosogamoso, El Quimbo, entre otros. Además, se espera que para el año 2019 entren las plantas de Termonorte e Hidroituango para alcanzar un total de 4.038 MW de capacidad de generación, que en su momento podría significar el 22,6% de la capacidad instalada del SIN.

En la gráfica siguiente, se muestran cada una de las centrales que han entrado o están en proceso de desarrollo, que han sido viabilizadas financieramente a través del esquema del cargo por confiabilidad:



Fuente: XM

Por otro lado, las plantas de generación existentes que han recibido ingresos del cargo por confiabilidad han realizado inversiones en infraestructura, logísticas de aprovisionamiento de combustibles, repotenciación de unidades de generación y mantenimientos programados que son requeridos para mantener su planta disponible.

Para mayor detalle en cada planta de generación, en el informe de seguimiento a generadores térmicos incluido en el anexo 001 que se describe en el siguiente punto, se pueden evidenciar las inversiones o conceptos en los cuales fueron destinados los recursos del cargo por confiabilidad.

mediante Informe de Seguimiento a Plantas de Generación Termica del Sistema Interconectado Nacional de fecha 24 de noviembre de 2015, se menciona entre otras cosas:

“ ASPECTOS FINANCIEROS:

- *En relación con la situación financiera de las empresas generadoras, se encontró que aquellas que representan comercialmente activos de generación que operan con gas natural o carbón, no evidencian riesgo financiero en el corto plazo. Dichas plantas corresponden en la actualidad a aproximadamente al 68% de la capacidad termoeléctrica instalada del país.*

- *Ahora bien, el 32% restante, es decir, las plantas que actualmente respaldan su operación en combustibles líquidos son aquellas que presentan mayor impacto financiero debido a los altos costos variables de generación por la compra de combustible; sin embargo, se encontró que algunas de ellas cuentan con la suficiente capacidad financiera que les permiten absorber las pérdidas acumuladas, debido entre otros aspectos, a la diversificación de su portafolio en servicios públicos.*
- **El esquema de cargo por confiabilidad inició su aplicación en el mes de diciembre de 2006, fecha desde la cual los agentes generadores que han adquirido obligaciones de energía firme – OEF, han recibido aproximadamente \$15 billones de pesos, de los cuales \$7,6 billones corresponden a los generadores termoeléctricos como se evidencia en la siguiente tabla: (Subrayado y negrilla fuera del texto original)**

AGENTE	UNIDAD DE GENERACION	PRINCIPAL COMBUSTIBLE DE GENERACION	POTENCIA INSTALADA (MW)	CARGO POR CONFIABILIDAD RECIBIDO POR UNIDAD DE GENERACION DESDE 2006	CARGO POR CONFIABILIDAD RECIBIDO POR AGENTE DESDE 2006
CELSIA	MERILECTRICA1	GAS NATURAL	167	\$ 315.564.412.051	315.564.412.051
CT EL MORRO	CIMARRON	GAS NATURAL	20	\$ 0	NO TIENE OEF
EMGESA	CARTAGENA1	COMBUSTOLEO	61	\$ 77.232.690.830	644.842.853.163
	CARTAGENA2	COMBUSTOLEO	60	\$ 63.384.668.335	
	CARTAGENA3	COMBUSTOLEO	66	\$ 103.969.519.222	
	ZIPAEMG2	CARBÓN	34	\$ 57.438.188.794	
	ZIPAEMG3	CARBÓN	63	\$ 113.733.870.056	
	ZIPAEMG4	CARBÓN	64	\$ 117.401.897.562	
EPM	TERMODORADA1	ACPM	46	\$ 76.652.525.742	824.736.735.635
	TERMOSIERRAB	ACPM	364	\$ 748.084.209.893	
GECELCA	BARRANQUILLA3	MEZCLA GAS-COMBUSTOLEO	55	\$ 100.300.701.169	2.133.574.567.000
	BARRANQUILLA4	MEZCLA GAS-COMBUSTOLEO	55	\$ 92.081.599.743	
	GECELCA 3	CARBÓN	164	\$ 15.674.360.215	
	GUAJIRA1	MEZCLA GAS-CARBÓN	145	\$ 231.486.173.828	
	GUAJIRA2	MEZCLA GAS-CARBÓN	151	\$ 204.262.810.643	
	TEBSAB	GAS NATURAL	791	\$ 1.489.768.921.402	
GENSA	PAIPA1	CARBÓN	31	\$ 39.091.354.821	570.143.936.328
	PAIPA2	CARBÓN	72	\$ 118.932.026.380	
	PAIPA3	CARBÓN	70	\$ 116.818.721.522	
	PAIPA4	CARBÓN	154	\$ 295.301.833.605	
ISAGEN	TERMOCENTROCC	GAS NATURAL	276	\$ 536.314.325.397	536.314.325.397
PROELECTRICA	PROELECTRICA 1	GAS NATURAL	45	\$ 161.991.786.345	161.991.786.345
	PROELECTRICA 2	GAS NATURAL	45		
TCANDELARIA	TERMOCANDELARIA1	ACPM	154	\$ 314.386.596.903	587.294.599.539
	TERMOCANDELARIA2	ACPM	155	\$ 272.908.002.637	
TERMOEMCALI	TERMOEMCALI1	ACPM	229	\$ 307.536.321.281	307.536.321.281
TTASAJERO	TASAJERO1	CARBÓN	163	\$ 402.385.641.191	402.385.641.191
TERMOVALLE	TERMOVALLE1	ACPM	197	\$ 378.278.989.505	378.278.989.505
TERMOYOPAL 2	TERMOYOPAL2	GAS NATURAL	30	\$ 45.740.310.470	45.740.310.470
ZF CELSIA	FLORES1	GAS NATURAL	153	\$ 286.038.577.621	783.579.167.918
	FLORES4B	GAS NATURAL	450	\$ 497.540.590.297	
TOTAL			4.594	\$ 7.691.983.645.824	

*Promedio móvil de un año enero 2015 - octubre 2015

- *Los ingresos en una empresa de generación con OEF están compuestos por la venta de energía y el cargo por confiabilidad, principalmente.*
- *Revisados los ingresos por generación de energía de las empresas que tienen recursos de generación termoeléctricos se puede evidenciar que el cargo por confiabilidad corresponde al 13,78% de los mismos”.*

4.3.2.5 EXCLUSIÓN DE LA PRESUNTA OMISIÓN - ACTUACIONES EN EJECUCION DE LAS FACULTADES LEGALES

Establecido el marco jurídico que fija las competencias en materia de inspección control y vigilancia, así como la noción de “omisión” del Estado, podemos verificar, que en el caso bajo estudio no se dan los requisitos para determinar que la Superintendencia de Servicios Públicos haya desatendido las obligaciones a su cargo y que por tal razón se haya causado un perjuicio económico a los accionantes.

A partir de la búsqueda efectuada en el Sistema de Gestión Documental “ORFEO” y en los informes publicados por la entidad que se encuentran disponibles en su página web, se recopilaron las siguientes evidencias relacionadas con las acciones de vigilancia, inspección y

control adelantadas por la Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible, respecto al Mercado de Energía Mayorista, las plantas de generación y el esquema del Cargo por Confiabilidad:

- Informe de seguimiento a generadores térmicos (Anexo 001) Comunicado 134 de 2015. Informe elaborado con base en los resultados de las visitas técnicas y financieras a centrales de generación receptoras del cargo por confiabilidad en el año 2015.
- Informe a seguimiento cargo por confiabilidad 2016 (Anexo 002). Informe elaborado con base en requerimientos de información y conclusiones de reuniones efectuadas con los agentes generadores respecto a la identificación de riesgos operativos y financieros durante el periodo de escasez 2015 – 2016.
- Informe del Mercado de Generación Termoeléctrica (Anexo 003). Informe dirigido a analizar el desempeño de la generación termoeléctrica del SIN y a valorar los impactos financieros en cada una de las compañías derivadas del cumplimiento de sus obligaciones de energía en firme durante el periodo de escasez 2015 – 2016.
- Informes de seguimiento Mercado de Energía Mayorista. Informes para uso interno, con el fin de realizar seguimiento a las principales variables hidrológicas, operativas y de mercado como fuente de decisión para el despacho del Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible durante el periodo de escasez 2015 – 2016.
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 21 de febrero de 2016 (Anexo 004)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 28 de Febrero de 2016 (Anexo 005)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 15 de Marzo de 2016 (Anexo 006)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 7 de abril de 2016 (Anexo 007)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 2 de junio de 2016 (Anexo 008)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 12 de julio de 2016 (Anexo 009)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 27 de julio de 2016 (Anexo 010)
- Intervención Termocandelaria SA ESP (Anexo 011) Resolución 20151300051845. Medida de toma de posesión de la compañía de generación dirigida a garantizar la disponibilidad de su capacidad de generación durante el periodo de escasez 2015 – 2016.
- Diagnósticos Generadoras Térmicas. Informes dirigidos a evaluar diversos aspectos financieros, comerciales, técnicos y operativos de las empresas generadoras.
 - TERMOVALLE 2014 – 2015 (Anexo 012)
- Informe Ejecutivos de Gestión. Informes dirigidos a evaluar diversos aspectos financieros, comerciales, técnicos y operativos de las empresas generadoras.
 - TERMODORADA 2011 (Anexo 013), 2012 (Anexo 014), 2013 (Anexo 015)
 - TERMOBARRANQUILLA 2011 (Anexo 016), 2012 (Anexo 017), 2013 (Anexo 018)
 - EMGESA 2011 (Anexo 019), 2012 (Anexo 020), 2013 (Anexo 021)
- Evaluación Integral de Prestadores. Informes dirigidos a evaluar diversos aspectos financieros, comerciales, técnicos y operativos de las empresas generadoras.
 - GECELCA 2014 (Anexo 022)
 - EMGESA 2014 (Anexo 023)
 - PROELECTRICA & CIA SCA ESP 2014 (Anexo 024)

- Informes del Comité de Seguimiento al Mercado de Energía Mayorista – CSMEM. Informes del desempeño del mercado de energía mayorista, en los que se analizaron diferentes aspectos que marcaban la coyuntura energética en el país.
 - Anexo 025 Informe+ No 97-2015_MEM
 - Anexo 026 Informe+ No 98-2015_MEM
 - Anexo 027 Informe+ No 99-2015_MEM
 - Anexo 028 Informe+ No100-2015_MEM
 - Anexo 029 Informe+ No101-2015_MEM
 - Anexo 030 Informe+ No102-2015_MEM
 - Anexo 031 Informe+ No103-2015_MEM
 - Anexo 032 Informe+ No104-2015_MEM
 - Anexo 033 Informe+ No105-2016_MEM
 - Anexo 034 Informe+ No106-2016_MEM
 - Anexo 035 Informe+ No107-2016_MEM
 - Anexo 036 Informe+ No108-2016_MEM
 - Anexo 037 Informe+ No109-2016_MEM
 - Anexo 038 Informe+ No110-2016_MEM

Lo que demuestra que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no ha “omitido” ninguna obligación legal o reglamentarla a su cargo y por el contrario ha ejercido de manera celosa las funciones de control y vigilancia respecto de las empresas beneficiarias del cargo por confiabilidad.

4.3.2.6 RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Finalmente, resta solo el análisis de los otros elementos de la responsabilidad del estado, como son: la relación de causalidad que debe existir entre la acción u omisión y el daño como cuarto y último elemento de la responsabilidad del Estado.

Es sencillo descartar el nexo causal en el presente caso, por cuanto se ha desvirtuado el repunto “daño antijurídico”, también la presunta “omisión” de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entonces, si no existe acción u omisión que pueda ocasionar el daño y tampoco “daño”, no puede existir nexo causal entre una y otra.

4.3.2.7 LEGALIDAD DE LA RESOLUCION

Finalmente debo poner de presente al despacho que el cargo por confiabilidad está vigente por cuanto la resolución de la Comisión de Regulación de Energía y Gas que la creó, no ha sido declarada nula o suspendida por la jurisdicción, y sus efectos jurídicos continúan vigentes a la fecha, y por ello, es preciso advertir que de acuerdo a la normativa vigente al momento de la presentación de la demanda -Ley 472 de 1998-, la posición mayoritaria en la jurisprudencia del Consejo de Estado consistía en que a través de la acción de grupo no era posible solicitar la nulidad de actos administrativos. Sobre el particular se afirmó:

“20. Antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, la posición dominante en la jurisprudencia era aquella según la cual la acción de grupo no era procedente para demandar el reconocimiento y pago de perjuicios supuestamente derivados de la ilegalidad de actos administrativos. En sentencia del 6 de marzo de 2008, la Sección Tercera explicó la discusión existente sobre el asunto, la evolución en la jurisprudencia y la tesis entonces imperante, aunque no unánime, así⁵⁹:

“Inicialmente, se admitió la procedencia de la acción de grupo para obtener la reparación de los perjuicios derivados de actos administrativos, con fundamento en

⁵⁹ Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, radicación n. 73001-23-31-000-2003-01550-01(AG), C.P Ruth Stella Correa. Es de anotar que en esta providencia se reiteraba lo expuesto en la de 30 de enero de 2008, rad. 17001-23-31-000-2004-01319-01(AG), con ponencia de la misma consejera. No obstante, en ambas providencias salvaron voto los magistrados Mauricio Fajardo Gómez y Enrique Gil Botero.

que la ley 472 de 1998 no limitó el ejercicio de dicha acción para tales efectos.

“(…)

“Adelante se cambió el planteamiento, cuando en sentencia de 13 de marzo de 2003, la Sala declaró la improcedencia de la acción de grupo para reclamar la reparación de los daños provenientes de un acto administrativo, con fundamento en que al haberse alegado su ilegalidad, dicho acto no podía ser fuente de un daño antijurídico, mientras no se declarara su nulidad a través de las acciones previstas en la ley para tal efecto, declaración que es ajena a las acciones de grupo.(…)”

“De manera más reciente, la Sala en providencia de 15 de marzo de 2006⁶⁰, reiteró que la acción de grupo no resultaba procedente para reclamar la indemnización de perjuicios derivados de actos administrativos, por ser la declaratoria de nulidad extraña a los fines, móviles o motivos de esa acción. Dijo la Sala:

“(…) La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios. Significa lo anterior que el fin, móvil o motivo de la acción de grupo está constituido por la posibilidad de obtener, a través de un mismo proceso, la reparación del daño antijurídico que ha sido causado a un número mínimo de 20 personas. Por lo tanto, las pretensiones que legalmente se pueden formular en las acciones de grupo en contra del Estado, no pueden ser distintas a las de obtener la reparación de los daños antijurídicos imputables al mismo, provenientes de actuaciones plasmadas en acciones u omisiones de las entidades públicas, derivadas de una causa común, que haya generado perjuicios individuales. Queda por fuera del ámbito de la acción de grupo la reparación del daño proveniente del acto administrativo, para cuando la antijuridicidad del daño que de él provenga dependa directamente de la anulación al acto, por cuanto escapa al fin, móvil o motivo de esta acción la revisión de legalidad de actos administrativos y su consecuente anulación. La sentencia tendrá que ser congruente con esas pretensiones, de modo que la armonía, consonancia y concordancia de la misma se mirará en función de las pretensiones expresadas en el texto de la demanda y en las demás oportunidades que el ordenamiento procesal contempla, pretensiones que, a su vez, están limitadas por el fin, móvil o motivo de la acción interpuesta. (…) Una conclusión se impone: el juez de la acción de grupo no puede convertirse veladamente en el “eficaz” sucedáneo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y pretender arrogarse competencias que sólo a ella atañen a través del conocimiento de las acciones tipificadas por el Código Contencioso Administrativo. (…) la acción de grupo no procede para perseguir la reparación de perjuicios derivados de actos administrativos, porque esto implica resolver previamente sobre la legalidad del acto, para lo cual están previstas las acciones ordinarias. (…) No le es dable al juez de la acción de grupo resolver sobre las pretensiones indemnizatorias, cuando éstas implican previamente resolver sobre la legalidad del acto administrativo, en razón del principio de legalidad que establece el límite de las competencias relacionadas con cada acción. (…)”⁶¹.

“Tesis que nuevamente se reitera, porque, se insiste, la acción de grupo es meramente reparatoria, y si el juez de dicha acción entrara a resolver sobre pretensiones indemnizatorias cuando las mismas implicaran pronunciarse previamente sobre la legalidad de actos administrativos, se desconocería el principio de legalidad que debe informar la actuación de cualquier autoridad pública y muy particularmente la judicial.”⁶²

⁶⁰ [47] Providencia de 15 de marzo del año en curso, exp: AG-50012331000200503496-01. [Es importante destacar que en esta providencia la consejera María Elena Giraldo Gómez aclaró su voto, mientras el consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez lo salvó].

⁶¹ [54] Sentencia de 24 de febrero de 2.005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y Otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(AP-01470)-01.

⁶² Es importante señalar que, aunque no incluida en el recuento realizado, la misma Sección Tercera, en sentencia de 22 de febrero de 2007, exp. 25000-23-25-000-2002-01535-01(AG), C.P. Mauricio Fajardo Gómez sostuvo: “...puesto que no se establecen distinciones, ni restricciones respecto de la causa petendi -como sí se hace para las acciones de reparación directa y de nulidad y restablecimiento del derecho- no resulta jurídicamente admisible excluir de las acciones de grupo los actos

“20.1. La posición transcrita fue reiterada por la Sala en otros pronunciamientos del año 2008⁶³ (...), en uno de los cuales afirmó que tampoco procedía la acción de grupo para reclamar los perjuicios derivados de la ilegalidad de contratos,:

“(…)

“20.2. Lo anterior no significaba que la acción de grupo estuviere proscrita para todos aquellos casos en los cuales un número plural de personas sufriera un daño como consecuencia de un acto administrativo, sino que se consideraba que, cuando el daño lo ocasiona la ilegalidad del acto, la de grupo no era una acción procedente. Al respecto, la jurisprudencia ha explicado:

“(…) los daños antijurídicos derivados de un acto administrativo son resarcibles a través de la acción de grupo, en los mismos eventos en los cuales la jurisprudencia ha admitido que lo son a través de la acción de reparación, esto es: (a) Cuando el daño se deriva de la aplicación de un acto administrativo de carácter general que ha sido declarado nulo a través de las acciones ordinarias y lo que se pretende es la reparación de los daños causados con el mismo, porque en tal evento al desvirtuarse la presunción de legalidad que amparaba el acto, los efectos negativos que el mismo haya producido durante su vigencia se tornan antijurídicos. (b) Cuando el acto es legal, pero rompe el equilibrio que debe existir entre todas las personas frente a las cargas públicas, porque en tales eventos no se cuestiona la legalidad del acto administrativo sino los efectos que esa decisión legítima les causó a los demandantes. (c) Cuando se causa un perjuicio con un acto preparatorio o de trámite, que, por lo mismo, no es susceptible de demandarse en acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁶⁴.

“(…)

“20.4. Se tiene entonces que, aunque la posición dominante de la Sección Tercera, antes de que se dividiera en subsecciones, era aquella según la cual la acción de grupo no era procedente para obtener la nulidad de actos administrativos, la mayoría que la sostenía era bastante estrecha, lo que dio lugar a que, en pronunciamientos aislados, se adoptaran tesis distintas. Es precisamente en consideración a este contexto que la Comisión para la Reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, creada por el Decreto 4820 de 2007, sugirió que, en lo que posteriormente se convertiría en la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se habilitara expresamente la posibilidad de que, a través de una acción de grupo, pudiera

administrativos”. En ese sentido, al descender al caso concreto consideró que el acto administrativo cuya legalidad se cuestionaba en esa acción de grupo “se encuentra amparado por la presunción de legalidad, en virtud de la cual se considera plenamente ajustado a derecho y, en consecuencia, si el actor consideraba que tal acto se encontraba incurso en causal de nulidad, tenía que haberlo impugnado expresamente en la demanda, solicitando su declaratoria de nulidad, indicando las normas violadas y explicando el concepto de la violación, tal como lo dispone el artículo 137-4 del C.C.A., para todos los eventos de impugnación de un acto administrativo. // Puesto que lo anterior no sucedió, se mantienen incólumes tanto la validez como la eficacia⁶² del acto que, se insiste, los demandantes no impugnaron adecuadamente”.

⁶³ Sección Tercera, sentencias del 5 de marzo de 2008, rad. 76001-23-31-000-2004-00066-01(AG) y 76001-23-31-000-2004-04653-01(AG), C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 21 de mayo de 2008, rad. 25000-23-24-000-2003-02373-01(AG), C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Asimismo, en sentencia de 4 de junio de ese mismo año, exp. 52001-23-31-000-2004-00145-01(AG), C.P. Ramiro Saavedra Becerra, la Sección Tercera, después de citar múltiples providencias en las cuales se habla de la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo, sostuvo: **“Con base en este recorrido legal y jurisprudencial, salta a la vista que NO existe conflicto alguno respecto del objeto o finalidad de las Acciones de Grupo, que se repite, es el de exigir el cumplimiento de la obligación de reparación que surge de la responsabilidad como fuente de las obligaciones, por un daño causado a una pluralidad de personas. // De lo anterior se desprende que dentro del proceso de Acción de Grupo, **sólo se pueden ventilar pretensiones que desarrollen la naturaleza del proceso, es decir, que tengan su mismo objeto o lo que es lo mismo, la indemnización de los perjuicios causados a un número plural de personas; cualquier otra pretensión iría en contra de este objeto y, por tanto, es improcedente**”** (mayúsculas y negrilla del original).

⁶⁴ Sección Tercera, auto de 30 de enero de 2008, radicación n. 17001-23-31-000-2004-01319-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa.

*solicitarse y, por ende, declararse la nulidad de un acto administrativo que hubiere afectado a un grupo de más de veinte personas.*⁶⁵

Como se observa del recuento jurisprudencial transcrito, antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- el Consejo de Estado, mayoritariamente, consideraba que no era procedente la Acción de Grupo para reclamar la reparación de los daños provenientes de un acto administrativo, mientras no se declarara la nulidad de este a través de las acciones previstas en la ley para tal efecto -acción de nulidad simple y acción de nulidad y restablecimiento del derecho-.

Según el alto tribunal, la declaratoria de nulidad es ajena a los fines y móviles de la acción de grupo, pues un estudio de nulidad de un acto administrativo implicaría resolver previamente sobre la legalidad del mismo, desconociendo la finalidad de este tipo de acciones que busca el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios sufridos por un número de personas con características comunes, respecto de un mismo hecho.

Este apoderado comparte esa interpretación y por ello se solicita al despacho aplicar la posición jurisprudencial arriba citada al caso concreto ya que no es posible solicitar la nulidad de actos administrativos mediante la acción de grupo, que es lo que en últimas pretende el accionante.

IV.- ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Con el fin de soportar mis afirmaciones solicito al despacho se tengan en cuenta los siguientes antecedentes jurisprudenciales, además de los que se han citado a lo largo del escrito de contestación de la acción.

- CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA 19 de agosto de 2004 Radiación número: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791) DM
- CONSEJO DE ESTADO Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ noviembre 11 de 1999 Radicación número: 11499
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., 16 de abril 2007 Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00009-01(AG) ver además sentencias del 23 de mayo de 1994, exp: 7616; Sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp: 14.122; Sentencia de 21 de febrero de 2002, exp:12.789.

V.- PETICIÓN

Como corolario de todo lo anterior y de lo expuesto por esta Superintendencia, le solicito muy respetuosamente a este Despacho al momento de proferir su fallo, se declare improcedente la presente acción de grupo en relación con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y se denieguen así mismo las suplicas de la demanda y además se condene en costas, agencias en derecho y demás gastos procesales al demandante.

VI.- PRUEBAS

Como prueba de mis afirmaciones y argumentos de defensa, me permito solicitarle al despacho se sirva decretar y tener como prueba las siguientes:

DOCUMENTALES

Me permito adjuntar y con los cuales se pretende demostrar el cumplimiento de las funciones de inspección control y vigilancia respecto de los hechos que motivan la presente acción.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de septiembre de 2015, expediente 25000-23-25-000-2000-09014-05(AG)

- Informe de seguimiento a generadores térmicos (Anexo 001) Comunicado 134 de 2015. Informe elaborado con base en los resultados de las visitas técnicas y financieras a centrales de generación receptoras del cargo por confiabilidad en el año 2015.
- Informe a seguimiento cargo por confiabilidad 2016 (Anexo 002). Informe elaborado con base en requerimientos de información y conclusiones de reuniones efectuadas con los agentes generadores respecto a la identificación de riesgos operativos y financieros durante el periodo de escasez 2015 – 2016.
- Informe del Mercado de Generación Termoeléctrica (Anexo 003). Informe dirigido a analizar el desempeño de la generación termoeléctrica del SIN y a valorar los impactos financieros en cada una de las compañías derivadas del cumplimiento de sus obligaciones de energía en firme durante el periodo de escasez 2015 – 2016.
- Informes de seguimiento Mercado de Energía Mayorista. Informes para uso interno, con el fin de realizar seguimiento a las principales variables hidrológicas, operativas y de mercado como fuente de decisión para el despacho del Superintendente Delegado para Energía y Gas Combustible durante el periodo de escasez 2015 – 2016.
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 21 de febrero de 2016 (Anexo 004)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 28 de Febrero de 2016 (Anexo 005)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 15 de Marzo de 2016 (Anexo 006)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 7 de abril de 2016 (Anexo 007)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 2 de junio de 2016 (Anexo 008)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 12 de julio de 2016 (Anexo 009)
 - Informe periódico del mercado de energía mayorista y el mercado de gas natural periodo del 1 de enero al 27 de julio de 2016 (Anexo 010)
- Intervención Termocandelaria SA ESP (Anexo 011) Resolución 20151300051845. Medida de toma de posesión de la compañía de generación dirigida a garantizar la disponibilidad de su capacidad de generación durante el periodo de escasez 2015 – 2016.
- Diagnósticos Generadoras Térmicas. Informes dirigidos a evaluar diversos aspectos financieros, comerciales, técnicos y operativos de las empresas generadoras.
 - TERMOVALLE 2014 – 2015 (Anexo 012)
- Informe Ejecutivos de Gestión. Informes dirigidos a evaluar diversos aspectos financieros, comerciales, técnicos y operativos de las empresas generadoras.
 - TERMODORADA 2011 (Anexo 013), 2012 (Anexo 014), 2013 (Anexo 015)
 - TERMOBARRANQUILLA 2011 (Anexo 016), 2012 (Anexo 017), 2013 (Anexo 018)
 - EMGESA 2011 (Anexo 019), 2012 (Anexo 020), 2013 (Anexo 021)
- Evaluación Integral de Prestadores. Informes dirigidos a evaluar diversos aspectos financieros, comerciales, técnicos y operativos de las empresas generadoras.
 - GECELCA 2014 (Anexo 022)
 - EMGESA 2014 (Anexo 023)
 - PROELECTRICA & CIA SCA ESP 2014 (Anexo 024)
- Informes del Comité de Seguimiento al Mercado de Energía Mayorista – CSMEM. Informes del desempeño del mercado de energía mayorista, en los que se analizaron diferentes aspectos que marcaban la coyuntura energética en el país.
 - Anexo 025 Informe+ No 97-2015_MEM
 - Anexo 026 Informe+ No 98-2015_MEM
 - Anexo 027 Informe+ No 99-2015_MEM

- Anexo 028 Informe+ No100-2015_MEM
- Anexo 029 Informe+ No101-2015_MEM
- Anexo 030 Informe+ No102-2015_MEM
- Anexo 031 Informe+ No103-2015_MEM
- Anexo 032 Informe+ No104-2015_MEM
- Anexo 033 Informe+ No105-2016_MEM
- Anexo 034 Informe+ No106-2016_MEM
- Anexo 035 Informe+ No107-2016_MEM
- Anexo 036 Informe+ No108-2016_MEM
- Anexo 037 Informe+ No109-2016_MEM
- Anexo 038 Informe+ No110-2016_MEM

Los documentos mencionados se aportan en CD adjunto, en caso de que el despacho considere necesario que los documentos sean allegados al expediente en copia auténtica solicito muy respetuosamente se sirva oficiar a la Superintendencia delegada para Acueducto Alcantarillado y Aseo ubicado en la carrera 18 No. 84-35 de la ciudad de Bogotá.

VI. ANEXOS

Me permito adjuntar a la presente contestación de la demanda los siguientes documentos:

Poder especial conferido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Resolución de nombramiento No. SSPD-20185240001425 del 19 de enero de 2018, Acta de Posesión No. 00006 del 22 de enero de 2018, referidos a las calidades de Jefe de la Oficina Asesora de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cargo este último en el cual recae la función de representar judicialmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios conforme al numeral 15 del artículo 11 del Decreto 990 del 23 de mayo de 2002.

IX.- 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 dgarciat@superservicios.gov.co

Atentamente,



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

Proyectó: David García Téllez Abogado contratista
Revisó: Miladys Picón - Coordinadora Grupo Defensas Judiciales



RJ-F-003 V. 6

Página 1 de 1

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

Ref: ACCION DE GRUPO
Radicación: 2017-00576
Demandante: JEISON OSPINO CASSIANI Y OTROS
**Demandados: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS**

ANA MARÍA VELÁSQUEZ POSADA, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.785.742 expedida en la ciudad de Bogotá, actuando como Representante Judicial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Entidad, según la Resolución SSPD 20185240002545 del 26 de enero de 2018, el Acta de Posesión No. 00000010 del 26 de enero de 2018 y el Decreto 990 de 2002, confiero **PODER ESPECIAL AMPLIO Y SUFICIENTE** al Dr. **DAVID GARCIA TELLEZ**, mayor de edad, domiciliado y residente en esta misma ciudad, identificado como aparece al pie de su firma, para que represente a la entidad en el proceso de la referencia, incluyendo a su vez la obligación de aportar en debida forma y oportunidad, los documentos consignados en el artículo 175 del C.P.A.C.A

Mi apoderado cuenta con todas las facultades inherentes al ejercicio del presente poder, solicitar y participar en la práctica de pruebas, interponer recursos, solicitar nulidades y todas aquellas que tiendan al buen y fiel cumplimiento de su gestión. La facultad de conciliar se encuentra delimitada a los términos que señale el comité de Defensa Judicial y Conciliación se prohíbe expresamente la facultad de sustituir el presente poder

Sírvase, Señor, Juez, reconocerle personería en los términos aquí señalados.

ANA MARÍA VELÁSQUEZ POSADA
C.C. 39.785.742 de Bogotá
T. P. 97061 del C.S.J.

Acepto,

DAVID GARCIA TELLEZ
C.C. 79.687.810 de Bogotá.
T.P. No. 107.113 del C. S. de la Judicatura

Radicado: 20185290200132

Expediente: 2018132010200002E

Proyectó: Fabio Arias- Secretario- Grupo de Defensa judicial
Revisó: Miladys Picón Viadero – Coordinadora del Grupo de Defensa Judicial



Notaria 8
Del Circulo de Bogotá D.C.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PRESENTACION PERSONAL

Ante el Notario 8 del Circulo de Bogotá D.C.
Compareció:

VELASQUEZ POSADA ANA MARIA
Identificado con C.C. 39785742
y Tarjeta Profesional No. 97061

y declaró que el contenido del anterior documento es cierto y que la firma que aquí aparece es la suya.

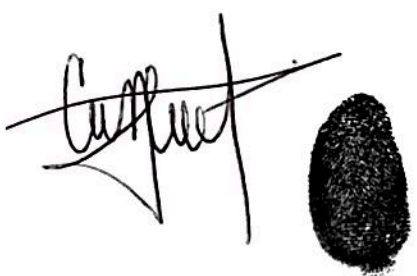
Bogotá D.C. 20/03/2018

g7hm6dhwgty5n



2

WILLIAM URREA ROCHA
NOTARIO 8 (E) BOGOTÁ D.C.



Superservicios	EXPEDICIÓN DE COPIAS AUTÉNTICAS DE DOCUMENTOS
Dependencia SECRETARÍA GENERAL	SIGIME
Código y fecha 1802/2018	
<p>El número funcional del personal que se nombra en esta resolución debe estar inscrito en el Registro Único de Funcionarios Públicos del Estado. El número de identificación personal que se indica en esta resolución debe estar inscrito en el Registro Único de Funcionarios Públicos del Estado.</p>	
<p>GRUPO CENTRO DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS</p> <p>Públicos Domiciliarios</p>	
<p>ALEJANDRA CAROLINA MONTES ARDILA NOTIFICADOR DESIGNADO SECRETARÍA GENERAL</p>	



GD-F-008 V.10

Página 1 de 1

RESOLUCIÓN No. SSPD - 20185240002545 DEL 26/01/2018

“Por la cual se hace un nombramiento ordinario”

La Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios

En ejercicio de sus facultades legales y especialmente por las conferidas por el Numeral 35 del Artículo 7 del Decreto 990 de 2002,

RESUELVE:

Artículo primero. Nombrar con carácter ordinario a la señora Ana María Velásquez Posada, identificada con cédula de ciudadanía n° 39.785.742, en el cargo de libre nombramiento y remoción de Jefe de Oficina Asesora de Jurídica, código 1045, grado 15, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Artículo segundo: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

**Comuníquese y Cúmplase,
Dada en Bogotá D.C.**

**Rutty Paola Ortiz Jara
Superintendente**

Proyección : Yerina García – Contratista Grupo de Talento Humano
 Revisó : Fabiola Rodríguez Patarroyo – Coordinadora Grupo de Talento Humano
 Aprobó : María Paula Fariás Quintana – Directora Administrativa
 Aprobó : Marina Montes Álvarez – Secretaria General



	EXPEDICIÓN DE COPIAS AUTÉNTICAS DE DOCUMENTOS	
Dependencia SECRETARÍA GENERAL		
Ciudad y fecha	1902/2018	
El suscrito funcionario designado para autenticar documentos hace constar que ésta es fiel copia del documento original que he tenido a la vista y que reposa en los archivos de esta		
GRUPO CENTRO DE GESTIÓN DOCUMENTAL Y CORRESPONDENCIA		
Superservicios		
Superintendencia de Servicios		
ALEJANDRA CAROLINA MONTEARZOLA		
NOTIFICADOR DESIGNADO SECRETARÍA GENERAL		



ACTA DE POSESIÓN

Número: 00000010

Fecha: 26 ENE 2018

En la ciudad de Bogotá, D.C., ante el Despacho del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, tomó posesión la Señora Ana María Velásquez Posada, identificada con cédula de ciudadanía n° 39.785.742, en el empleo de libre nombramiento y remoción Jefe de Oficina Asesora de Jurídica, código 1045, grado 15, para el cual fue nombrada con carácter ordinario mediante 20185240002545 DEL 26/01/2018, y efectos fiscales a partir de la fecha de posesión.

La funcionaria prestó el juramento ordenado por el artículo 122 de la Constitución Política, prometiendo cumplir y hacer cumplir la norma fundamental y las leyes de la República y desempeñar fielmente los deberes del cargo.

Igualmente manifestó bajo la gravedad de juramento no estar incurso en causal alguna de inhabilidad general o especial, de las establecidas por la ley 4ª de 1992 y demás disposiciones vigentes para el desempeño de empleos públicos.

FIRMA DEL POSESIONADA

FIRMA DE QUIEN POSESIONA

COORDINADORA GRUPO DE TALENTO HUMANO