



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN VEINTITRÉS

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001031500020200397800
Objeto de control: Resolución 166 proferida el 3 de septiembre de 2020 por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG-
Referencia: Control inmediato de legalidad

Recibida copia de la Resolución 166 del 3 de septiembre 2020, por la cual la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG– definió “una tarifa transitoria para el servicio de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas”, el despacho pasa a estudiar si es procedente avocar su conocimiento, con el fin de adelantar el control inmediato de legalidad, según lo previsto en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994, 136 y 185 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 185.1 de la Ley 1437 de 2011 y 23 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

De conformidad con el anterior marco normativo, para determinar la procedencia del control inmediato de legalidad, le corresponde al juez, en un primer momento, verificar las reglas de competencia y, una vez superado dicho análisis, le atañe, en segundo lugar, verificar la concurrencia simultánea de los requisitos que permiten desatar este medio de control, a saber: *i)* que se trate de actos administrativos de carácter general, *ii)* dictados en ejercicio de la función administrativa, y *iii)* en desarrollo de uno o más de los decretos legislativos expedidos en el marco de un estado de excepción, en aras de establecer si avoca o no el estudio del acto que fue puesto bajo su examen.

Así, verifica el despacho que en aplicación del art. 136 del CPACA¹, la competencia para conocer la legalidad de la resolución objeto de estudio, se encuentra atribuida al Consejo de Estado, toda vez que la medida adoptada corresponde a un acto de carácter nacional, expedido por la Comisión de

¹ **ARTÍCULO 136. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD.** Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código.

Regulación de Energía y Gas –CREG– como autoridad cuya competencia es del mismo orden².

Ahora bien, en relación con los requisitos antes indicados, observa el despacho, que:

(i) Se trata de un acto administrativo de carácter general, pues posee un contenido normativo propio en el que se manifiesta la voluntad unilateral de la Administración, en función de definir de manera transitoria, la tarifa que será aplicada para la prestación del servicio de energía eléctrica a través de soluciones individuales fotovoltaicas AC con una potencia instalada superior a 500 wp, en las Zonas No Interconectadas –ZNI-, la cual será aplicada a “más de 13.000 usuarios que cuentan con servicio de energía eléctrica a través de soluciones solares fotovoltaicas individuales. Adicionalmente, se estima que en lo que resta de año entrarán en operación cerca de 4.821 nuevas soluciones que permitirán que más colombianos puedan acceder a este servicio de una manera limpia, segura y responsable con el medio ambiente”³; igualmente, al revisar sus efectos jurídicos, éstos se extienden a una pluralidad de destinatarios indeterminados e impersonales, definidos por la misma Resolución como “todas las personas que, estando organizadas en alguna de las formas dispuestas en el título I de la Ley 142 de 1994, desarrollan las actividades relacionadas de suministro de energía eléctrica a un domicilio mediante sistemas solares fotovoltaicos individuales AC con potencia mayor a 0.5 kW”, elementos que confirman el carácter general de este acto administrativo.

(ii) De otra parte, se observa que el acto objeto de estudio fue proferido en ejercicio de la función administrativa asignada a la CREG, a través de las Leyes 142 y 143 de 1994 y los Decretos 1524 y 2253 de ese mismo año y 1260 de 2013, en virtud de la cual le corresponde establecer las fórmulas para la fijación de las tarifas del servicio de electricidad, crear condiciones para garantizar la oferta energética, teniendo en cuenta criterios sociales, económicos, ambientales y financieros, así como la facultad de reglamentar la prestación del servicio eléctrico en las áreas rurales de menor desarrollo.

(iii) Finalmente, es posible evidenciar que las previsiones de la Resolución 166 de 2020 de la CREG, al establecer la *tarifa transitoria* sin tener que adelantar y culminar los procedimientos previstos en la ley 142 de 1994⁴ y demás normas

² El artículo 21 de la Ley 143 de 1994 estableció que la Comisión de Regulación Energética, creada por el artículo 10 del Decreto 2119 de 1992, se denominaría Comisión de Regulación de Energía y Gas y, a través del artículo 69 de la Ley 142 de 1994, se determinó la CREG es una Unidad Administrativa Especial, sin personalidad jurídica y con autonomía técnica, administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

³ Pág. 2 de la Resolución 166 de 2020, que cita el documento de análisis presentado por el Ministerio de Minas y Energía a la CREG, sobre el estado actual de la prestación del servicio público de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas.

⁴ ARTÍCULO 127. INICIO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PARA FIJAR NUEVAS TARIFAS. Antes de doce meses de la fecha prevista para que termine la vigencia de las fórmulas tarifarias, la comisión deberá poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente. Después, se aplicará lo previsto en el artículo 124.

ARTÍCULO 124. ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. Para determinar las fórmulas tarifarias se aplicarán las normas sobre régimen tarifario de las empresas de servicios públicos previstas en esta Ley, las normas del Código Contencioso Administrativo, y las siguientes reglas especiales:

concordantes, en relación con la prestación del servicio de energía eléctrica a través de las soluciones individuales fotovoltaicas ya señaladas, tiene sustento en el artículo 3 Decreto Legislativo 517 de 2020, que le confirió a dicha Comisión la potestad de emitir disposiciones tarifarias transitorias, mientras permanezca vigente la declaratoria de emergencia sanitaria en el territorio nacional, con el propósito de activar soluciones que garanticen la prestación del servicio público de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas, dado el mayor índice de vulnerabilidad que caracteriza a los habitantes de estas zonas.

Al lado de lo anterior, advierte en sus considerandos que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la Resolución 137 de 2020 ordenó hacer público el proyecto de resolución por la cual se define la fórmula tarifaria general para establecer la remuneración de la prestación del servicio de energía eléctrica mediante Soluciones Individuales Solares Fotovoltaicas, y señala que, en forma simultánea, se encuentra adelantando el estudio cuyo objeto es desarrollar el modelo que permita realizar el costeo de soluciones individuales, a partir de la definición del nivel del servicio, los componentes típicos de dichas soluciones, los costos de transporte e inversión, entre otros aspectos.

Por esta razón y mientras se adelanta el procedimiento ordinario para la adopción de una metodología tarifaria general para un nuevo período de cinco años, la CREG, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas en el Decreto Legislativo 517 de 2020, estableció la tarifa *sub lite*, a través de un mecanismo más ágil que el ordinario establecido en los artículos 74, 124 y 127 de la Ley 142 de 1994, 11 del Decreto 2696 de 2004, 4 del Decreto 1260 de 2013 y 40 de la Ley 1437 de 2011⁵, con la finalidad de impedir la interrupción del servicio y ampliar su cobertura en las ZNI, salvaguardar los derechos fundamentales de seguridad alimentaria, vivienda digna, educación⁶ y salud⁷ de la población que reside en dichas zonas, y contribuir a mantener las condiciones necesarias para sostener las medidas de aislamiento para contrarrestar la propagación del virus covid-19.

Así las cosas, es claro que se trata de un acto administrativo sometido al control judicial automático, por la cual el despacho avocará su conocimiento.

124.1. *La coordinación ejecutiva de la comisión de regulación impulsará toda la actuación; sin embargo, cuando corresponda a la comisión como autoridad nombrar peritos, el nombramiento corresponderá a la comisión misma.*

124.2. *Si la actuación se inicia de oficio, la comisión debe disponer de estudios suficientes para definir la fórmula de que se trate; si se inicia por petición de una empresa de servicios públicos, el solicitante debe acompañar tales estudios. Son estudios suficientes, los que tengan la misma clase y cantidad de información que haya empleado cualquier comisión de regulación para determinar una fórmula tarifaria.*

⁵ Al respecto, en la pág. 9 de la Resolución 116 de 2020, se indica que “para la definición de tarifas, la Comisión puede adoptar metodologías o fórmulas tarifarias, para lo cual debe cumplir el trámite previsto en el artículo 127 de la Ley 142 de 1994, el Decreto 2696 de 2004 y la Resolución CREG 039 de 2017, que señalan: 1) expedición de bases sobre las cuales se efectuará el estudio para determinar las fórmulas; 2) hacer público en la página web de la Comisión el texto del proyecto de metodología y de fórmula con sus estudios respectivos 3 meses antes de que inicie el periodo de vigencia; 3) organización de audiencias públicas; 4) elaboración de documento con explicación en lenguaje sencillo sobre el alcance de la propuesta de fórmulas tarifarias; 5) documento con memorias escritas de las consultas públicas; y 6) aprobación de resolución definitiva y publicación en Diario Oficial.

⁶ Al “permitir el acceso a otro tipo de servicios como el internet y la telefonía celular, estos últimos que se hacen más necesarios en las condiciones del aislamiento obligatorio de la población”.

⁷ Al proporcionar energía eléctrica a la infraestructura hospitalaria “o facilidades para la conservación de medicamentos”.

Por otro lado, se precisa que, debido a las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11567 y 11581, prorrogados mediante el Acuerdo PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, “*por motivos de salubridad pública y fuerza mayor*” no es posible fijar en la Secretaría General de esta Corporación el aviso al que se refiere el numeral 2 del artículo 185 de la Ley 1437 de 2011. No obstante, se advierte que, en cumplimiento de ese mismo numeral, se publicará el aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de la Rama Judicial, para garantizar el derecho de todos los ciudadanos que tengan interés en intervenir en el proceso para defender o para impugnar la legalidad de la Resolución 166 de 2020 expedida por la CREG.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: AVOCAR el conocimiento de Resolución 166 proferida el 3 de septiembre de 2020, por la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG–, con el fin de adelantar su control inmediato de legalidad.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia, a través de los diferentes medios virtuales que en estos momentos estén a disposición de la Secretaría General del Consejo de Estado, al Director Ejecutivo de la CREG y al Viceministro de Energía⁸, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del CPACA.

TERCERO: Por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, **FIJAR** en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de la Rama Judicial un **AVISO** sobre la existencia del proceso de la referencia, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad de la Resolución 166 de 2020, a través del correo electrónico secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co

CUARTO: Por Secretaría General y de manera simultánea a la publicación del aviso, requiérase a la CREG para que, en el término máximo de diez (10) días contados a partir del recibo de la correspondiente solicitud, envíe con destino a este proceso todos los antecedentes administrativos de la Resolución 166 del 3 de septiembre de 2020, a través del correo electrónico secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co

QUINTO: Vencido el término de que trata el ordinal anterior, córrase traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que rinda concepto respecto de la legalidad de la Resolución 166 de 2020, a través del correo electrónico secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co

SEXTO: INVITAR, a través de los correos institucionales que aparecen en el portal web, a la Cámara Colombiana de la Energía para que se pronuncie por escrito sobre la legalidad de la Resolución 166 de 2020, dentro del término de

⁸ Delegado por el Ministro de Minas y Energía para la expedición de la Resolución 166 de 2020.

traslado al agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 185 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Nota: se deja constancia de que esta providencia se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.

ERR/ECB