

Señores:
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
E.S.D.

REF: ACCIÓN POPULAR
DEMANDANTE: INGRID JOHANA AGUIRRE JUVINAO
DEMANDADOS: COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGIA Y GAS, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.

INGRID JOHANA AGUIRRE JUVINAO, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía número 39058581, por medio de la presente me permito presentar una ACCIÓN POPULAR en contra de la NACIÓN, MINISTERIO DE IMNAS Y ENERGÍA, representando por el Ministro OMAR ANDRES CAMACHO MORALES, o quién haga sus veces, Y LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG) de conformidad con el artículo 144 del CPACA, y la ley 472 de 1998 con el propósito de lograr la protección de los derechos colectivos de los habitantes y empresas de la región Caribe, de los departamentos de la Guajira, César, Magdalena, Atlántico, Bolívar, Sucre y Córdoba, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, así como los derechos de los consumidores y usuarios, y demás derechos colectivos que se puedan ver afectados de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, debido a los altos costos de la energía eléctrica que vienen afectando la economía de los hogares y de las empresas de la región caribe, teniendo en cuenta los siguientes:

I. HECHOS

1. Que desde el año 2022, el servicio de energía eléctrica ha tenido un incremento en todas las ciudades de la costa ubicadas en los departamentos la Guajira, César, Magdalena, Atlántico, Bolívar, Sucre y Córdoba , de más del 40%, lo cual, está causando grave perjuicio a las economías familiares y a las empresas que se encuentran en esta región.
2. Que el incremento que ha tenido el valor de las facturas de la energía, impactan en la competitividad, en el crecimiento, en la pobreza y en el aumento del costo de vida en todos los bienes y servicios que se ofrecen en la región Caribe.

3. Que de seguir esta situación, la Costa Caribe será seriamente afectada económicamente, como ya se ha expresado públicamente, por los habitantes de la región: “o comemos o pagamos el recibo de energía”, y aún así, el Gobierno Nacional, no ha tomado las medidas para mitigar esta problemática, que está llevando a la crisis a todos los habitantes de la Costa.
4. Que ya van dos años desde el año 2022, que comenzaron los incrementos desmesurados, se han estudiado las causas, se han planteado teorías, se han presentado propuestas, se han estudiado fórmulas, pero el Gobierno Nacional no ha tomado las medidas necesarias, para mitigar esta situación, que ya exige una solución inmediata, pues el costo del servicio sigue aumentando y tiende a aumentar más.
5. Se sabe hasta el momento que existe una crisis en el sector energético en Colombia, puesto que la demanda es alta, y la oferta se está viendo limitada o insuficiente, lo que significa, que hay escasez en la producción de energía, que hace que los precios aumenten, sobre lo cual, el Gobierno Nacional no ha definido qué hacer, y no se vislumbra una política tendiente a mitigar o a mejorar esta problemática, en orden de iniciar proyectos de producción de energía, o incentivar a particulares a llevarlos a cabo.
6. Que a pesar de lo anterior, tampoco existe por parte del Estado una política pública que permita la agilidad en la aprobación de nuevos proyectos de producción de energía, muy a pesar de existe escasez, y de que las condiciones climáticas afectan las hidroeléctricas, que son las mayores productoras de energía en Colombia.
7. Se conoce por pronunciamientos públicos que ha realizado el Gobierno, que por ahora, no se va a subsidiar el sector energético en Colombia para bajar los precios.
8. También se ha conocido que se están estudiando propuestas para cambiar las fórmulas para definir el precio de la energía eléctrica de los usuarios, pero aún no se ha tomado ninguna decisión, que permita aliviar el sacrificio que están haciendo los habitantes de la costa por pagar su recibo de energía.
9. Que durante la crisis del Covid-19, el Gobierno Nacional optó por establecer un precio menor al valor de producción del kilovatio de

energía para no afectar a los consumidores, y que dicho precio se iba a ajustar después de superada la pandemia, a través de las resoluciones las resoluciones CREG 101 027 de 2022, 101 028 de 2022, 101 029 de 2022 y 101 031 de 2022; mediante las cuales se permitió el cambio de este indexador para el cálculo de componentes del CU y se adoptaron medidas transitorias para ajustar los precios e indexadores de contratos de energía de largo plazo y diferir las obligaciones de pago de los comercializadores y se dictaron otras disposiciones asociadas con la disminución de las tarifas del servicio de energía eléctrica, pero con el incremento de del IPC y del IPP debido a la Pandemia, nuevamente generó aumentos en los saldos. Así las cosas, el Gobierno determinó que, para mitigar los posibles efectos en variaciones de tarifas, dicha herramienta se debía aplicar de manera obligatoria durante un periodo de 8 meses, creando una deuda que a agosto de 2023 sumaban alrededor de 4,7 billones de pesos, que hoy en día se le está cobrando a los consumidores.

10. Que dada la crisis financiera que tenía la extinta empresa Electricaribe, tuvo que ser intervenida, y que dicha empresa, no realizó inversiones en infraestructura, dejó de pagar a los proveedores, bajó la calidad del servicio, y dejó un déficit importante, por lo cual, fue reemplazado por dos empresas, Aires y Afinia, con las cuales se firmaron acuerdos para evitar la parálisis en la prestación del servicio en la Costa Atlántica, entre ellas, la de incluir dentro del costo facturado a los usuarios, las pérdidas técnicas y no técnicas a través de la Resolución CREG 010 de 2020, generando esto uno de los aumentos más injustos en el recibo de la energía para los habitantes de la Costa Caribe, pues estos conceptos, no se encuentran ajustados al derecho de todo usuario, de que la facturación se encuentre acorde con el consumo.
11. Que igualmente, la Contraloría de la República ha expresado que va a realizar un control fiscal sobre las empresas Aires y Afinia, para verificar la inversión de los recursos en infraestructura, y que también va a realizar una acción popular tendiente a proteger los derechos colectivos de los habitantes de la región Caribe.
12. Que sin duda, este es un problema social y económico que genera las altas tarifas de energía, en cuanto a los componentes en la fórmula, y que viene afectando la economía de los hogares de la

Costa, y de las empresas de la Costa, entre ellas los hoteles de Santa Marta, que se han venido viendo afectados pues los recibos de la energía eléctrica han tenido un incremento del 100%.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Ténganse como fundamentos del derecho el artículo 23 de la Constitución, y los plazos especiales dispuestos en la Ley 5 de 1992, para las peticiones presentadas por los Congresistas.

Resoluciones CREG 101 027 de 2022, 101 028 de 2022, 101 029 de 2022, CREG 010 de 2020, y 101 031 de 2022.

Las acciones populares, son acciones constitucionales creadas para la protección de derechos colectivos consagrados en los artículos 78, 79 y 80, de la Constitución Nacional, sin tener a estos derechos como los únicos colectivos, pues no es una lista taxativa. En el caso de los servicios públicos el artículo 78 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

En este marco de derechos derivados del derecho colectivo a la protección de los consumidores, “el constituyente previo un artículo que impone al legislador la obligación de controlar la calidad de bienes y servicios y la información suministrada para su comercialización. Así mismo, determina la responsabilidad de los productores y

comercializadores por atentados contra la salud y seguridad en el aprovisionamiento a los consumidores.”¹

Las acciones populares se encuentran consagradas en el artículo 88 de la Constitución, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 472 de 1998, definió las acciones populares de la siguiente forma:

ARTÍCULO 2º.- Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Y el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 definió varios derechos colectivos, entre ellos, los siguientes:

- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

¹ Torres María; Zuluaga Camila. (2022) La protección del derecho de los consumidores y usuarios como derecho colectivo: una pretensión difícil de materializar. En La acción popular. Análisis evolutivo de algunas temáticas en los 20 años de vigencia de la Ley 472 de 1998. Pérez Soraya, Otero Iván y González Sergio Editores. Universidad Externado de Colombia. Pág. 122.

En los casos de las acciones populares, los derechos individuales de una persona, se amplían en sus efectos y trascienden de lo individual a lo colectivo, de esta forma, las acciones populares pueden iniciarse por cualquier persona, con el único objetivo de defender el derecho de todos². El artículo 12 de la Ley 472 dispone lo siguiente:

ARTICULO 12. TITULARES DE LAS ACCIONES. Podrán ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.
2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.
3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.
4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.
5. Los alcaldes y **demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.**

Es importante decir, que las acciones de grupo tienen como finalidad la protección de derechos colectivos, entre ellos, el de los consumidores, que "pueden tener condiciones uniformes respecto de la causa que origina un perjuicio, y ello no hace que el derecho en sí mismo deje de ser colectivo, pues no es óbice para que se persiga la reparación económica y se dejen de lado las medidas preventivas de protección al conglomerado de consumidores, que es lo que pretenden las acciones populares."³

Igualmente, se debe exponer que la acción popular también tiene la finalidad "de proteger a las personas de situaciones como la producción de insumos médicos y farmacéuticos defectuosos, **el cobro excesivo**

² Op. Cit. Pág. 132

³ Op. Cit. Pág. 123

de bienes y servicios, la publicidad engañosa, los fraudes financieros o los alimentos no aptos para el consumo.”⁴ (las negrillas no están en el texto original)

Así las cosas, la protección de los bienes de los consumidores y usuarios, se planteó como un bien colectivo, de protección constitucional, dotando al ciudadano de “una garantía en torno a la situación de inferioridad en la cual puede ubicarse como consumidor, por lo que es deber del Estado proteger dicha situación de debilidad en el mercado no solo como una situación individual, sino como una a la cual todas las personas pueden encontrarse sometidas en cualquier momento en el acceso al mercado de bienes y servicios. Es así como se reconoce la intervención del poder público para que realmente se hagan efectivos los derechos de una población que por definición se encuentra en una situación de subordinación.”⁵

La Corte Constitucional (En sentencias C – 133 de 2014, y C 1141 de 2000) también ha acudido a este fin de las acciones populares, de buscar la igualdad entre proveedores de bienes y servicios, con los consumidores, al mencionar que el artículo 78 de la Constitución es una cláusula de protección al consumidor que pretende el restablecimiento de la igualdad ante una relación tradicionalmente asimétrica con la persona que acude al mercado para satisfacción de sus necesidades humanas.

Es claro sobre este punto, que la población de la Costa Caribe, se encuentra en una clara situación de subordinación y de debilidad frente al costo de la energía eléctrica facturada por las empresas Aires y Afinia, y frente a las políticas estatales sobre la regulación del precio del servicio eléctrico en la Región Caribe, toda vez que el precio establecido por un fórmula creada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, ha venido aumentando desmesuradamente desde el año 2022, y afectando la economía de los hogares y las empresas de todos los departamentos de la Costa, sin consideración a las problemáticas del clima, la pobreza y la falta de oportunidades que afectan a la región.

⁴ Op. Cit. Pág. 125.

⁵ Op. Cit. Pág. 122. También Corte Constitucional Sentencia C-583 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Es de aclarar que de los derechos de los consumidores que deben ser protegidos se señalan el de representación, protección, información, la salud, la seguridad, a la información veraz y completa, a la libre elección, a su adecuado aprovisionamiento, a prevenir abusos que puedan afectarlos y a la indemnización, cuando se les cause un daño colectivo⁶. En el caso de la Región Caribe, siempre ha existido el problema en el servicio de energía, en el cual, siempre se ha mantenido un único comercializador, antes Electricaribe para toda la Costa, y ahora Afinia para los departamentos de Bolívar, Sucre y Córdoba, y Aires, para los departamentos de Atlántico, Magdalena, Guajira y Cesar. Esta repartición del monopolio del mercado energético en la Costa, ha generado una situación de afectación colectiva de los derechos de todos los usuarios, pues los problemas heredados de la empresa Electricaribe que manejó el monopolio del suministro de energía en todos los departamentos de la Costa durante años, que prestaba un pésimo servicio, con cortes de energía intempestivos, recurrentes y gravosos para todos los usuarios, con afectación a los electrodomésticos constantes, y que dejó pérdidas operativas a tal punto de que la empresa Electricaribe era inviable financieramente y tuvo que ser intervenida por la Superintendencia de Servicios públicos, y luego, tratar de transferirle la responsabilidad a las empresas Afinia y Aires, para evitar la suspensión de la prestación del servicio en toda la Costa, dada la imposibilidad de Electricaribe para seguir operando.

Sobre el factor de aumento por pérdidas técnicas y no técnicas.

En este contexto, el Gobierno Nacional a través de la CREG, incluye dentro de la fórmula para calcular el valor del kilovatio de energía, un factor extrañísimo y es el que tiene que ver con las pérdidas operativas y no operativas a través de la resolución CREG 010 de 2020:

“El componente PR corresponde al costo reconocido de pérdidas de energía que, por razones técnicas o no técnicas, se causan, tanto en el Sistema de Transmisión Nacional como en los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local. Incluye los costos de los programas de reducción de pérdidas no técnicas que se

⁶ Op. Cit. Pág. 120

realicen por mercado de comercialización y puede variar por cada empresa en función de los costos particulares de generación o del costo del programa de gestión de pérdidas aprobado.”⁷

Esta medida es algo que va en contra del derecho de los consumidores contenido en el artículo 9 de la Ley 142 de 1994 que dispone:

ARTÍCULO 9o. DERECHO DE LOS USUARIOS. <Aparte entre paréntesis cuadrados [...] adicionado mediante FE DE ERRATAS. El texto corregido es el siguiente:> Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, [siempre que no contradigan esta ley, a]:

9.1. Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecida por la ley.

Igualmente, en el artículo 146 se dispone sobre el derecho a que la facturación corresponda al consumo, lo siguiente:

ARTÍCULO 146. LA MEDICIÓN DEL CONSUMO, Y EL PRECIO EN EL CONTRATO. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.

(...)”

La superintendencia de Servicios públicos sobre este derecho ha establecido:

“De conformidad con el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley 142 de 1994, es derecho de los usuarios obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos

⁷ Comisión de Regulación de Energía y gas. DOCUMENTO CREG- 901 024 14-09-23

tecnológicos apropiados. Norma concordante con el artículo 146 de la misma ley que dispone que la empresa y el usuario tienen derecho a que los consumos se midan, y a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho posibles. Una de las finalidades de estas normas, como lo señala el propio artículo 146 antes citado, es que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobra al usuario.”

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido:

“Tanto la empresa prestadora de los servicios públicos domiciliarios como los usuarios de los mismos tienen derecho a que los consumos se midan con los instrumentos tecnológicos apropiados y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al usuario. Por consiguiente, se deriva la obligación correlativa de las empresas de servicios públicos domiciliarios de utilizar un aparato medidor como el medio principal de determinación del consumo de los usuarios”.

En otros términos, la vulneración de los derechos colectivos de los habitantes de los departamentos de Córdoba, Sucre, Bolívar, Atlántico, Magdalena, Guajira y Cesar, han sido afectados en su derecho a que la facturación del servicio responda a su consumo, al incluir dentro de la fórmula de medición del precio de la factura, las pérdidas técnicas y no técnicas según lo establece la resolución CREG 010 de 2020. Para lo anterior, se exponen las siguientes razones:

- 1) Si el servicio va a tener un sobrecosto que consiste en cubrir las deudas y las pérdidas del prestador, el servicio facturado no está acorde con el consumo de cada usuario.
- 2) Se trata de una sanción que se le está aplicando a los usuarios de la región de la Costa, por el hecho de terceros, y nadie puede responder por los hechos ilegales de terceros. La responsabilidad por sanciones es individual y subjetiva, y no se puede trasladar a los usuarios las pérdidas que genera la defraudación de fluidos. Trasladar la responsabilidad penal de los que defraudan el servicio de energía a los demás usuarios es inconstitucional, es una sanción a todas luces y que no puede admitirse por ser una responsabilidad

que ni siquiera obedece a los parámetros de una responsabilidad objetiva, que tampoco se configura cuando existe culpa o dolo de un tercero.

3) La prestación del servicio en la Costa no es un problema solamente de pérdidas por robo de energía. Se debe a un costo elevado de un producto, que se ha generado por una deficiencia en la cadena de producción y de transporte. En la costa se requiere crear energía para disminuir los costos en la compra de los productos y mucho más en el transporte del mismo.

4) La pérdida del producto no solo se debe a la defraudación del servicio de energía, sino en la mala calidad del transporte y de la infraestructura para manejar la energía en la Costa. Son situaciones que depende del prestador y que conocía al momento de contratar, y que tiene que mejorar para que no siga produciendo pérdidas.

El aumento en las tarifas de energía coloca en serios aprietos a la población de la región Caribe, toda vez, que se trata de un servicio público de carácter esencial, que tiene íntima relación con la vida, el desarrollo de las actividades laborales, la salud y la educación.

Por una parte, el alto costo coloca en riesgo la subsistencia y el equilibrio financiero de los hogares y las empresas de la Costa Caribe, sectores como el hotelero, han expresado su preocupación en el impacto económico que les ha generado el alza del servicio de energía, a tal punto, que han decidido recortar el personal para poder cubrir el pago del servicio, cuyo aumento ha llegado hasta el 100%.

Igualmente, el riesgo de corte de la energía en los hogares o en las empresas, han hecho que se disminuya el consumo de otros bienes y servicios, y se baje la productividad de las empresas para ahorrar energía.

La suspensión del servicio de energía en un hogar de la costa, debido a las altas temperaturas, es un drama que afecta gravemente la salud de las personas más vulnerables, entre ellos niños recién nacidos, personas de la tercera edad y mujeres embarazadas, que por causa de las altas temperaturas, pueden padecer golpes de calor, crisis a los hipertensos,

y enfermedades de piel como brotes y salpullidos. Además, ante la ausencia de ventiladores y aires acondicionados, los mosquitos se multiplican y acometen contra los seres humanos, transmitiendo también una variedad de enfermedades. De esta manera, se entiende que las particularidades del clima en la Costa hacen que el consumo de energía se convierta en un tema esencial, que se encuentra relacionado con el derecho a la vida, la integridad física, la salud y la salubridad.

En el campo laboral, debido a la pandemia del Covid – 19, muchas personas han incursionado en el mercado virtual, y muchos trabajadores ejercen sus funciones de manera remota, y uno de los ejemplos, es la justicia, donde los abogados y los jueces desarrollan las audiencias de forma virtual. Estas actividades no se pueden realizar sin fluido eléctrico, pero también hay que mencionar, que se trata de actividades que consumen energía y que si las personas se abstuvieran de realizar, se vería seriamente afectado su derecho al trabajo.

En el campo de la educación, las universidades han implementado la virtualidad en muchos programas, permitiéndole a las personas acceder a programas académicos a distancia en modalidad virtual, sincrónica y a sincrónica. Igualmente, los colegios y las universidades desarrollan sus actividades académicas a través de las tecnologías y sin energía eléctrica, las personas no podrían acceder a las plataformas. Igualmente, los colegios y las universidades le envían trabajos a sus estudiantes, que requieren de información y de investigación, los cuales, en su mayoría, ya las personas consultan en diferentes buscadores, bases de datos y páginas de internet, y todo ello funciona a través de la energía, por tanto, ello influye en el costo de la energía, y sin ella, pues se vería seriamente afectado el derecho a la educación.

En el campo de la salud, los equipos médicos de diagnóstico y de los quirófanos funcionan con energía, las clínicas y hospitales, lo cual implica más consumo de energía eléctrica, y sin éste se coloca en grave riesgo la vida y la salud de los pacientes.

Precisamente la Corte Constitucional en sentencia T-761 de 2015, habló precisamente de la pobreza energética como un factor importante en el disfrute de los derechos fundamentales:

“En las sociedades contemporáneas el acceso a la energía eléctrica es una condición para el disfrute de otros servicios y garantías fundamentales. Varias de las actividades de la vida cotidiana que, hoy se dan por dadas y parecen naturales sólo pueden llevarse a cabo, por el acceso a las redes de energía eléctrica. Participar de la riqueza económica, cultural, informática, vivir en un espacio con la adecuada calefacción, conservar y refrigerar los alimentos es posible, únicamente porque se cuenta con acceso a electricidad. Uno de los compromisos de la comunidad internacional en la superación de la miseria, está ligado con la garantía del acceso a la energía eléctrica de manera conexas con el disfrute de una vivienda adecuada. Superar la indigencia requiere, entonces, dejar atrás la pobreza energética. La pobreza energética, es un concepto que han desarrollado, entre otras, las Naciones Unidas y en la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Cepal, para ilustrar la situación de millones de personas en el mundo, consistente en la imposibilidad fáctica de garantizar una cantidad mínima de electricidad para protegerse de las inclemencias del clima (calefacción), así como para la refrigeración y cocción de alimentos.”

En otras palabras, sin energía, las personas no pueden disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales básicos, y al mismo tiempo se afectan derechos como la salud, el trabajo y la educación, y ello también tiene un serio impacto en la pobreza, el crecimiento, y el desarrollo económico y cultural de la región que se afectada con lo que ha llamado la Corte Constitucional como pobreza energética.

La implementación de este factor en las tarifas de energía, es un grave error, que afecta los derechos colectivos de los habitantes de la Costa Caribe, y que deben modificarse, por considerarse un cobro injusto y contrario como se dijo a los derechos de los usuarios a que su factura guarde relación con el consumo, y que no se transfiera la responsabilidad del comercializador por pérdidas técnicas o de terceros que realizan la defraudación de la energía de forma delictiva, a los usuarios en sus facturas.

El artículo 126 de la Ley 142 de 1998 establece que:

“Artículo 126. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, se lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.”

En el caso presente, como se ha expuesto, el cobro de las pérdidas operacionales y no operacionales como un factor para medir el servicio, es un factor que lesiona injustamente los intereses de los usuarios, impuesto por el Gobierno, a favor de las empresas Aire y Afinia, una deuda que tiende a aumentar y no ha disminuir, que es de difícil control, y que depende del mismo obligado a mejorar sus procesos, y de evitar los fraudes, por lo cual amerita la modificación de la fórmula de manera excepcional, como lo establece el artículo antes citado.

Sobre el factor de cobro de pago de deudas por tarifas especiales por el covid-19

En relación con el incremento del servicio de energía debido al pago o compensación de la deuda, generada durante la pandemia del Covid 19, la misma CREG, ha sintetizado lo ocurrido:

En febrero de 2020, mediante la resolución CREG 012 de 2020, se ofreció una opción tarifaria que podrían aplicar los comercializadores minoristas en el Sistema Interconectado Nacional para calcular la tarifa del servicio público de electricidad a los usuarios finales regulados. También se estableció que para aquellas opciones tarifarias que iniciaban a partir del 1 de enero

del 2022, cada usuario tuviese la oportunidad de decidir si se acoge a la opción ofrecida por el comercializador.

A pesar de que la opción tarifaria se implementó como voluntaria por parte de los comercializadores del servicio, desde la resolución CREG 168 de 2008, durante la pandemia causada por el COVID-19, mediante la Resolución CREG 058 de 2020, se determinó que, para mitigar los posibles efectos en variaciones de tarifas, dicha herramienta se debía aplicar de manera obligatoria durante un periodo de 8 meses.

Si bien durante el año 2020 y comienzos del 2021, el incremento de las tarifas fue bajo, a partir del segundo semestre de 2021, los índices de precios, especialmente el IPP empezó a aumentar de manera importante y sostenida, lo que condujo a que la brecha o diferencia entre el CU calculado y el CU aplicado se ampliara en algunos mercados generando un incremento de los saldos acumulados por la opción tarifaria.

Como producto de las altas variaciones del IPP, se expidieron las resoluciones CREG 101 027 de 2022, 101 028 de 2022, 101 029 de 2022 y 101 031 de 2022; mediante las cuales se permitió el cambio de este indexador para el cálculo de componentes del CU y se adoptaron medidas transitorias para ajustar los precios e indexadores de contratos de energía de largo plazo y diferir las obligaciones de pago de los comercializadores y se dictaron otras disposiciones asociadas con la disminución de las tarifas del servicio de energía eléctrica, pero también con el incremento máximo de las mismas, lo que nuevamente generó aumentos en los saldos.

Las situaciones descritas anteriormente han generado que algunos mercados de comercialización tengan saldos acumulados (que a agosto de 2023 sumaban alrededor de 4,7 billones de pesos en el nivel de tensión 1) que podrían afectar la sostenibilidad de los comercializadores y la capacidad de pago de los usuarios al mantener las condiciones de la recuperación del saldo previstas en la Resolución CREG 012 de 2020.

Para permitir financiación de estos saldos, el artículo 5 de la Ley 2299 de 2023, “por la cual se adiciona y efectúan unas modificaciones al presupuesto general de la nación de la vigencia fiscal de 2023”, expresa que la Financiera de Desarrollo Territorial S A. - FINDETER estructurará otorgamientos de crédito directo, con tasa compensada, a las empresas de distribución y comercialización de energía eléctrica de naturaleza oficial, mixta y/o privada, que hayan aplicado a la opción tarifaria regulatoria establecida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG. Al respecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito público expidió el 8 de septiembre de 2023, para comentarios, una propuesta de decreto “Por el cual se adiciona el Capítulo 12 al Título 7 de la Parte 6 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, para la creación de una línea de crédito directo con tasa compensada de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A.-Findeter, destinada a irrigar recursos de capital de trabajo y/o liquidez a las empresas distribuidoras y comercializadoras de energía eléctrica de naturaleza oficial, mixta y/o privada, que hayan aplicado a la opción tarifaria regulatoria establecida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 2299 de 2023”⁸

Ahora bien, el marco jurídico y fundamento legal del nuevo factor de la fórmula del cálculo del valor de la tarifa del servicio de energía, fue establecido de la siguiente forma:

Posteriormente y como resultado de las decisiones adoptadas en el marco de la emergencia económica y social, en este caso del Decreto Legislativo 517 de 2020, la Comisión expidió la Resolución CREG 058 de 2020, “Por la cual se adoptan medidas transitorias para el pago de las facturas del servicio de energía eléctrica” donde se estableció la aplicación obligatoria de la opción tarifaria para permitir la estabilidad de las tarifas del servicio con el fin de enfrentar las consecuencias derivadas de la pandemia.

⁸ Comisión de Regulación de Energía y gas. DOCUMENTO CREG- 901 024 14-09-23

Dicha opción tarifaria tiene unas condiciones específicas, diferentes de las previstas inicialmente en la Resolución CREG 012 de 2020, principalmente relacionadas con el nivel imperativo de aplicación de la misma por parte de las empresas comercializadoras cuando se presentará un incremento superior al 3% en el costo unitario de prestación del servicio, con la finalidad de evitar un cobro completo del costo unitario de la prestación del servicio de energía, ante los impactos económicos y sociales derivados de la pandemia del COVID-19 y la imposibilidad de que los usuarios pudiesen sufragar el costo del servicio, como lo plantea el Decreto 517, por lo que dicha norma en sus considerandos expone que:

"Que en el precitado Decreto 417 de 2020. declaratorio del Estado de Emergencia Económica. Social y Ecológica, se indicó que: "(...) el 42,4% de los trabajadores en Colombia trabajan por cuenta propia y 56,4% no son asalariados, Los ingresos de este tipo de trabajadores y sus dependientes dependen de su trabajo diario y esta actividad se ha visto repentina y sorprendentemente restringida por las medidas necesarias para controlar el escalamiento de la pandemia. Adicionalmente, estos hogares son vulnerables al no contar con mecanismos para reemplazar los ingresos que dejarán de percibir por causa de las medidas sanitarias. Que las medidas sanitarias resultan en una reducción de los flujos de caja de personas y empresas. Los menores flujos de conllevan a posibles incumplimientos de pagos y obligaciones, rompiendo relaciones de largo plazo entre deudores y acreedores que se basan en la confianza y pueden tomar períodos largos en volver a desarrollarse.

Que por lo anterior, se hace necesario establecer facultades legales que permitan establecer medidas vinculantes en términos de facturación por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en la medida en que para estas, no resulta obligatorio que el pago de los servicios prestados se pueda diferir; lo cual permitirá aliviar la carga económica de los usuarios finales y, por ende dar continuidad a la prestación de los servicios públicos

de energía eléctrica y gas combustible por redes.” (Resaltado fuera de texto)

La Resolución CREG 058 de 2020 en su artículo 12 establece, con respecto a la aplicación de la opción tarifaria que, a partir de la expedición de la presente resolución y hasta dos (2) meses después del 30 de mayo de 2020, fecha en la cual finaliza el estado de emergencia sanitaria declarado en la Resolución 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, los comercializadores deben aplicar la opción tarifaria definida en la Resolución CREG 012 de 2020 cuando se presente un incremento superior al 3% en el Costo Unitario de Prestación del Servicio o en cualquiera de sus componentes. Para la aplicación de la opción tarifaria se debe utilizar la variable PV igual a cero (0) durante el período indicado en el párrafo anterior.

En concordancia con dicha remisión, el artículo 2 de la Resolución CREG 012 de 2020 “Por la cual se establece una opción tarifaria para definir los costos máximos de prestación del servicio que podrán ser trasladados a los usuarios regulados del servicio público de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional” cuando define la opción y dentro de las variables de la fórmula consignadas en el numeral 5o, se encuentra la variable “ $SA_{n,m,i,j}$ ”, definida como el Saldo Acumulado, expresado en \$, del Comercializador i para el mes m en el nivel de tensión n del mercado de comercialización j , por las diferencias entre el CU calculado $CU_{vcn,m,i,j}$ y el CU aplicado $CU_{vn,m,i,j}$.”⁹

Que igualmente, dicha medida fue avalada por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 26 de marzo de 2021 de la sala especial de decisión No 26, con ponencia del consejero Guillermo Sánchez, Radicación 2020-01743, por ser proporcional a las circunstancias específicas que se estaba presentando durante la Pandemia del Covid-19:

“De modo que la aplicación de un menor valor al aprobado para la remuneración de las actividades de transmisión, distribución y

⁹ Ob. Cit.

comercialización (art. 11 Res. CREG 058) y la aplicación obligatoria de opciones tarifarias, (art. 12 Res. CREG 058, art. 3 Res. CREG 108 y art. 3 Res. CREG 152), corresponden a medidas acordes no solo a las facultades que la Ley 142 de 1994 asigna a la CREG y sino a las potestades establecidas en la norma de excepción. De ahí que, esas medidas administrativas se tomaron dentro del marco de competencia de la autoridad.
(...)

20.3 El cobro que pueden hacer, los prestadores de las actividades de transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, de un valor menor al máximo aprobado para la remuneración de sus respectivas actividades (art. 11 Res. CREG 058) y la aplicación obligatoria de la opción tarifaria de la Resolución CREG 012 de 2020 cuando se presente un incremento superior al 3% en el costo unitario de prestación del servicio (art. 12 Res. CREG 058, art. 3 Res. CREG 108, art. 3 Res. CREG 152), tienen como objeto reducir el impacto económico en el sistema ocasionado por la emergencia sanitaria. Por ello, son adecuadas al hecho que pretenden conjurar, pues las medidas persiguen ajustar el esquema financiero alterado por la pandemia que obligó a emitir regulaciones que permitan opciones de pago diferido a los usuarios del servicio.” (Resaltado fuera de texto)

También hay que señalar que durante la pandemia del Covid-19, la región Caribe consiguió el mayor saldo acumulado, según el mismo informe de la CREG:

“Se estima que el saldo acumulado a agosto de 2023 es del orden de 4.7 billones de pesos, en el nivel de tensión 1, de los cuales el 78% se concentra en cinco mercados de comercialización, Caribemar, Air-e, EPM, Tolima y Codensa, mientras que el 51% del saldo acumulado se encuentra en los dos mercados de la región Caribe.”

Ahora bien, según el estudio realizado por la CREG antes citado, se evidencia que la regulación actual, es decir, el cobro de los saldos acumulados como un factor de la fórmula para fijar la tarifa del servicio

de energía, pone en riesgo financiero tanto a la comercializadora de energía, pues afecta directamente su capacidad financiera al no recibir el valor que le cuesta su operación en un tiempo menor, y con el problema de que puede seguir incrementándose la deuda, y por otra parte, afecta a los usuarios, pues aumenta el valor de la tarifa del servicio, y se mantendrá así por el tiempo en que se paguen los saldos, que en el caso de la Costa Caribe, son los más altos, los plazos más largos, y por lo tanto, los más costosos de pagar.

Este factor se va a convertir en un tributo más, y de carácter permanente en el caso de la Costa Caribe, por el alto costo del kilovatio, el alto costo del servicio, y la falta de capacidad de pago de los usuarios, lo que va a generar un desastre a futuro para garantizar la prestación del servicio, como se dijo en el anterior aparte, una afectación al ejercicio de los derechos fundamentales básicos, pero a su vez, la afectación de derechos como la vida, la integridad personal, la salud, el trabajo y la educación.

En relación con la problemática de la energía en la Costa Caribe, hay que señalar que uno de los principales problemas fue el proceso de transición entre Electricaribe, y las empresas actuales que son Aire y Afinia, donde se reguló de manera especial para garantizar la continuidad de la prestación del servicio, pero totalmente en contra de los usuarios, pues las fallas del servicio, los problemas financieros de Electricaribe, y su nulo compromiso en realizar las inversiones en la modernización de las redes, y la producción de energía, fueron cargadas a los usuarios con el incremento del valor del kilovatio como menciona el mismo informe de la CREG:

“El artículo 318 de la Ley 1955 de 2019 autorizó al Gobierno Nacional para que estableciera un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica en el mercado que era atendido por la Electrificadora del Caribe S. A. E.S.P. en la fecha de expedición de dicha Ley.

Esta determinación fue reglamentada mediante el Decreto 1645 de 2019 y se delegó en la Comisión de Regulación de Energía y

Gas la función de establecer dicho régimen transitorio especial en materia tarifaria para asegurar la sostenibilidad de la prestación eficiente del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la región Caribe, conforme a los lineamientos allí dispuestos.

Con base en dichas normas, se aprobaron ajustes, principalmente, en los siguientes aspectos:

- Resolución MME 40272 de 2020 - Ajuste de riesgo de cartera
- Resolución CREG 188 de 2020 - Ajuste de Costo base de comercialización
- Resolución CREG 010 de 2020 - Ajuste en reconocimiento de pérdidas de energía desde la presentación de la solicitud de ingresos, ajuste en el reconocimiento de AOM y ajuste en el reconocimiento de inversiones.”¹⁰

Así se puede evidenciar, que en efecto, esos saldos acumulados de una tarifa diferencial, obedece al cobro de factores externos al consumo, aprobados por el Gobierno Nacional, que incrementaron el valor de la tarifa, y que durante la pandemia del Covid-19, generaron mayor saldo acumulado, por estar ya la tarifa afectada, por las fallas presentadas por Electricaribe, que no ejecutó como debía el plan de inversiones en la modernización de la red de distribución, ni tampoco invirtió en proyectos de generación de energía en la zona, dejando además de una pésima calidad en la prestación del servicio, un mercado adverso pues los precios de compra de energía, se le incrementaban, porque no le pagaba a los proveedores, y le tocaba comprar energía más costosa. En síntesis, la mala calidad del servicio, y la mala gestión administrativa de Electricaribe que ocasionó que se incrementara el costo de la energía para la Costa Caribe antes de la pandemia del Covid 19, lo cual fue premiado por el Gobierno con el aumento de las tarifas y la consecuente afectación a los usuarios, pues la empresa Electricaribe no ha sido requerida por el Estado para responder por sus fallas.

En virtud de todo lo anterior, igualmente, de conformidad con el artículo 126 de la Ley 142 de 1998, debe hacerse una modificación a la fórmula

¹⁰ Comisión de Regulación de Energía y gas. DOCUMENTO CREG- 901 024 14-09-23

tarifaria, en razón a que el Estado, que es el encargado de regular las políticas del sector energético, no lo hizo a tiempo y de manera efectiva con la empresa Electricaribe, llegado a generarse el problema del aumento de las tarifas, y la mala calidad del servicio, debido a una mala gestión, y terminó regulando y emitiendo normas que solo afectaron a los usuarios, y favoreciendo a los prestadores. El artículo 126 de la Ley 142 de 1994 dispone lo siguiente:

“Artículo 126. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, se lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.”

De esta forma, los incrementos al valor del servicio de energía se produjeron desde antes de la pandemia, y generaron que el servicio incrementado por causa de la empresa prestadora, generara un mayor saldo acumulado durante la pandemia, generando un doble aumento en perjuicio de los usuarios de la región Caribe

Sobre el aumento de la tasa de comercialización a través de la 40272 del 2020.

Que nuevamente con base en la Ley 1955 de 2019, se permitió a la CREG y al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, aumentar en 20% uno de los factores que se encontraba en la fórmula para establecer el valor del servicio de energía, que es el cargo de comercialización, y también se le aumentaron 300 puntos por el riesgo de cartera, según quedó establecido en la parte resolutive de la resolución 40272 de 2020:

1. El valor del Costo Base de Comercialización (Cfj) vigente en 2020 se incrementará en 20%. Este valor se actualizará de acuerdo con la normatividad vigente.
2. Al resultado mensual del cálculo del riesgo de cartera ($RC_{i,j,m}$), conforme la metodología actual, se le adicionarán 300 puntos básicos.

Este es otro de esos acuerdos que perjudicaron a los usuarios del servicio de la Costa Caribe, que tuvo que ver con cubrir las fallas del operador de ese tiempo que era Electricaribe, todo esto se concreto a través de la resolución 40272 del 2020, que en su exposición de motivos dijo lo siguiente:

“Artículo 2.2.3.2.2.1.3. Lineamientos de aplicación transitoria para la definición del régimen tarifario de la actividad de comercialización de energía eléctrica

1. Respecto del Ministerio de Minas y Energía, en coordinación con sus entidades adscritas.

1.1. Con independencia del número de prestadores del servicio de energía eléctrica, el Ministerio de Minas y Energía deberá establecer reglas para los cargos de comercialización aplicables al mercado atendido por la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. a la fecha de expedición de la Ley 1955 de 2019, en relación con los componentes a los que se refiere el siguiente numeral.

1.2. La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) fijará los cargos particulares de comercialización en relación con lo dispuesto en este artículo, considerando las modificaciones que correspondan: (i) el costo base de comercialización y; (ii) el cálculo del componente de riesgo de cartera del costo variable de comercialización, de acuerdo con lo que establezca la resolución que expida el Ministerio de Minas y Energía respecto de estos dos componentes, atendiendo a los requerimientos para viabilizar a futuro, financiera y operativamente, la prestación del servicio público de energía eléctrica en la región Caribe.

2. Opción tarifaria. El Ministerio de Minas y Energía deberá establecer la posibilidad de que el operador o los operadores que atiendan o entren a atender el mercado de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. a la fecha de expedición de la Ley 1955 de 2019,

puedan presentar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG para su aprobación, una opción tarifaria para permitir aplicación gradual de variaciones de tarifas al usuario final, para lo cual, en todo caso, se deberá tener en cuenta lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 318 de la Ley 1955 de 2019.

3. Señalamiento de cargos para los prestadores. Con base en la resolución que expida el Ministerio de Minas y Energía en desarrollo de lo dispuesto en el presente artículo, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) deberá señalar dentro del plazo máximo que fije dicho ministerio, los cargos particulares en materia de comercialización para él o los prestadores que atiendan o entren a atender el mercado de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. a la fecha de expedición de la Ley 1955 de 2019, los cuales deberán corresponder a los cargos de comercialización aplicables al mercado existente a la fecha de expedición de la Ley 1955 de 2019, con las modificaciones específicas relativas a los dos factores a los que se refiere el numeral 1.2 de este artículo.
(...)”

Que el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, dispone que “[e]l régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia”.

Que el mismo artículo menciona en sus numerales 1 y 4, respectivamente, que frente al primer criterio mencionado, “(...) el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, (...)” y que “(...) por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios”.

Como puede verse en esta exposición de motivos, el componente de comercialización, busca que la tarifa fijada permita retribuir los costos del servicio, y obtener ganancias para los operadores, lo cual es sin duda una finalidad lícita, sin embargo, en el caso de la Ley 1955 de 2019, la finalidad adicional era garantizar la prestación del servicio en la Costa Caribe y tapar la mala gestión y la pésima prestación del servicio que estaba prestando Electricaribe, por que el Estado no podía hacerse cargo, como claramente también se indicó en la exposición de motivos que se transcribe a continuación:

“Que de acuerdo con la parte motiva del Decreto número 042 de 2020, las necesidades de inversión mínima a ejecutar para lograr una prestación del servicio de energía eléctrica en la Costa Caribe en condiciones de calidad, continuidad y eficiencia, tal como lo establece el artículo 2° de la Ley 142 de 1994, ascienden a \$8,7 billones en la próxima década, según el Plan de Inversiones del operador actual del mercado. Sin embargo tal monto resulta excesivamente oneroso para la Nación y no le sería posible asumir el costo operacional de una compañía que careció de gestión eficiente con anterioridad a su intervención, para poder darle continuidad a la prestación eficiente del servicio de energía eléctrica en la región Caribe, menos aún en la época actual en que requiere una mayor inversión del Gobierno para efectos de la reactivación económica y social del país, lo que hace necesario establecer consideraciones regulatorias que correspondan a las inversiones que se deben adelantar para recuperar y mantener una prestación eficiente y continua en este mercado.”

Entonces, también queda claro que era un favorecimiento para el nuevo prestador que iba a reemplazar a Electricaribe, porque el Estado que sabía que esa empresa no había realizado las inversiones necesarias y que tenía un riesgo financiero grande, pues tenía una cartera enorme difícil de recuperar lo cual hizo que se incrementara en 300 puntos, pero por otro lado también aumentó en un 20% el componente de comercialización, afectando también a los usuarios, al aumentarle el valor del servicio, por errores imputables a la empresa Electricaribe por su mal funcionamiento, y que el Estado no controló ni tampoco exigió a la empresa que cumpliera con sus obligaciones.

Además, hay que tener en cuenta que esta regulación era transitoria, por tratarse de un tema coyuntural que era la transición de Electricaribe a las empresas Aires y Afinia, pero que hasta ahora han sido medidas permanentes, que como se dice, afectan el valor del servicio y a toda la población Caribe, y que nada tiene que ver con el consumo de los usuarios, sino por un afán de favorecer al nuevo prestador en contra de los intereses de los usuarios.

Sobre el daño contingente que se quiere evitar.

La acción popular, como bien lo establece el artículo 2 de la Ley 472 de 1998, busca evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia SU-649 de 2017 definió lo siguiente:

“La jurisprudencia consolidada de esta Corporación ha definido las acciones populares como el medio procesal mediante el cual se busca asegurar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un daño contingente (preventiva), hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa).”

En el caso de los altos costos del servicio de energía en la Costa Atlántica, estamos hablando de un daño ya consolidado que viene afectando la economía de los hogares y de las empresas de la región, por problemas estructurales, como la falla y mala operación de la comercializadora ELECTRICARIBE que durante años prestó un pésimo servicio en todos los departamentos de la Costa, no invirtió en la modernización de las redes, ni en proyectos de producción de energía, dejando un panorama tétrico, sin que las acciones del Estado, como la intervención de la empresa, tuvieran una solución que evitara el aumento desmesurado de los costos de la energía eléctrica en la región. Lo anterior dio paso además a reconocer en la costa, tres reajustes de precios, y en consecuencia el aumento del valor de la energía:

- Resolución MME 40272 de 2020 - Ajuste de riesgo de cartera
- Resolución CREG 188 de 2020 - Ajuste de Costo base de comercialización
- Resolución CREG 010 de 2020 - Ajuste en reconocimiento de pérdidas de energía desde la presentación de la solicitud de ingresos, ajuste en el reconocimiento de AOM y ajuste en el reconocimiento de inversiones.”¹¹

Entre ellos se resalta uno, que viola flagrantemente el derecho de todos los usuarios de la costa, como es el del reconocimiento de pérdidas técnicas y no técnicas, que se incluyó como un factor para aumentar el precio de la energía en los recibos. Una actuación por parte del estado, que vulnera el derecho colectivo de todos los usuarios a que se les respete las condiciones establecidas en la Ley, entre ellas, la que su consumo sea el principal factor del precio del servicio.

Desde el punto de vista jurídico, existe un principio que es que nadie debe favorecerse de su propia culpa, y el hecho de que todos los ciudadanos de la costa caribe, tengamos que pagar las pérdidas de las comercializadoras Aire y Afinia, por falta de modernización de las redes, y por los fraudes delictivos que realicen terceros, es un tema insostenible desde el punto de vista jurídico, y que causa un perjuicio a todos los usuarios, pues nos están sancionando por conductas que no hemos cometido, y los únicos beneficiarios que son Aire y Afinia, son los que deben asumir esos costos, por ser una falla de su gestión.

Así las cosas, se trata precisamente de un daño que se causó, pero que se sigue causando factura, tras factura, pues es un aspecto provocado por una decisión del Estado colombiano, que a través de la CREG que a través de la Resolución CREG 010 de 2020 ingresó este factor injusto en la fórmula para calcular el valor del servicio en la Costa colombiana.

En el caso del pago de los saldos acumulados durante el Covid 19, hay que aclarar que si bien fue una medida necesaria y racional que se adoptó para evitar el colapso del sistema, también hay que decir, que a través de los reajustes reconocidos por el Gobierno Nacional para

¹¹ Comisión de Regulación de Energía y gas. DOCUMENTO CREG- 901 024 14-09-23

superar la crisis dejada por ELECTRICARIBE, ya los precios habían sido inflados con factores impropios al costo del servicio como las pérdidas técnicas y no técnicas, y esto hizo que precisamente la deuda acumulada en la costa fuera superior a la de las demás regiones del país, causando igualmente un perjuicio económico a los hogares y empresas de la Región Caribe, que ha visto también un incremento en el valor del servicio, por este pago de la deuda acumulada, que sigue creciendo, y seguirá encareciendo el servicio de energía para los hogares y empresas de la Costa Caribe, como un impuesto retroactivo que aumenta todos los días, y tiene tendencia a convertirse en permanente.

Es claro que esta situación debe resolverse por parte del Estado, que por su falta de intervención oportuna en el caso de Electricaribe permitió un grave perjuicio a todos los usuarios de la Costa, y que luego, con las medidas tomadas, lo único que ha hecho es aumentar el precio de los recibos de la energía, a tal punto que como han dicho los habitantes de manera jocosa, pero que va muy de mano con la realidad: "O comemos o pagamos el recibo de la luz".

Así, es necesario que la jurisdicción intervenga para suspender este perjuicio que todos los meses sufrimos los habitantes de la Costa con el pago del servicio de energía eléctrica, que trata de la inclusión de factores que aumentan el servicio de energía de los habitantes de la Costa Caribe, de manera ilegal como es el caso del pago de las pérdidas técnicas y no técnicas, y de manera irracional y desproporcionada como es el caso de las deudas acumuladas por la diferenciación tarifaria establecida en la pandemia del Covid 19.

Por esta razón, esta acción popular es pertinente y necesaria para corregir este gran perjuicio generado, y evitar un peligro futuro, que es que el servicio de energía siga incrementando, y se vuelva impagable, generando graves perjuicios a la población y a las empresas de la Región Caribe.

Adicionalmente, con el alto costo que se esta presentando en las tarifas de energía por parte de Aires y Afinia, se generan tres problemas mayores:

Primero: Al aumentar los costos, aumenta el fraude de los usuarios que no pueden pagar el servicio, con lo cual aumenta el valor de pérdida no técnica, que también se factura a los usuarios que siguen pagando. Así que esto hace que se incremente también el valor del servicio de forma progresiva.

Segundo: Al aumentar los costos, muchos usuarios dejarán de pagar sus servicios, dejando de pagar también las pérdidas técnicas y no técnicas, y las deudas acumuladas durante la pandemia del Covid-19. Esto también hace que incremente también el valor del servicio.

Tercero: Si llega un nuevo operador o comercializador con mejores precios, como lo establece la Ley de la libre competencia, y hace que los usuarios contraten con ellos, esto también generará que esos usuarios que se pasen, dejen de pagar tanto el valor de las pérdidas técnicas como no técnicas, y las deudas acumuladas durante la pandemia del Covid-19, haciendo que se recarguen aún más a los usuarios que quedan con Aire y con Afinia, a los cuales también se le va a aumentar el precio de la facturación.

Igualmente, si Afinia y Aire no realizan las inversiones en mejorar la tecnología en las redes para evitar las pérdidas técnicas y no técnicas, el valor de la energía seguirá aumentando. También es claro, que si no se invierte en proyectos de producción de energía por parte de las empresas Afinia y Aire, el costo de la energía en la Costa seguirá aumentando.

III. PRETENSIONES.

Para la protección de los derechos colectivos de los habitantes y empresas de la región Caribe, de los departamentos de la Guajira, César, Magdalena, Atlántico, Bolívar, Sucre y Córdoba, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, así como los derechos de los consumidores y usuarios, se solicita:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Proteger los derechos colectivos vulnerados como son el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a los derechos de los consumidores y usuarios.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Proteger el derecho de todo usuario a que el valor que paga por un servicio, corresponda al consumo.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En virtud de la solicitud de la protección de los derechos invocados, se solicita ordenar a la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, a excluir de la fórmula de cálculo de la factura de la energía, el pago de las pérdidas técnicas y no técnicas, por ser un elemento que no se encuentra relacionado con el consumo contenidas en la Resolución CREG 010 de 2020 expedida por la Comisión en aplicación de lo ordenado en el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 1645 de 2019.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se excluya de la fórmula el incremento del 20% del valor del factor de comercialización y demás incrementos como el riesgo de cartera, autorizado a través de la resolución 40262 del 2020, por ser un factor que parte de la inoperancia de la empresa ELECTRICARIBE, y de la responsabilidad del Estado por falta de control efectivo, y que se trataba de un aumento transitorio, que también afecta el valor del servicio, y que no tiene nada que ver con el consumo.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, utilice recursos del presupuesto Nacional, para cancelar la deuda o parte de la misma generada por la tarifa diferencial contemplada en las resoluciones CREG 101 027 de 2022, 101 028 de 2022, 101 029 de 2022 y 101 031 de 2022, y así le de liquidez a las empresas comercializadoras, para que estas, adelanten proyectos de producción de energía y modernización de redes para evitar las pérdidas técnicas, y así mismo aliviar el gran peso económico que se le ha puesto a los hogares y empresas de la Costa, que ha frenado el consumo, el crecimiento y la competitividad de los servicios y productos de la región.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene a la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, que cree una fórmula para el cálculo del servicio de energía eléctrica de forma justa y equitativa, que no exponga a la región caribe a quedarse sin la prestación del servicio, pero que le permita pagar un precio justo por el mismo, porque en estos

momentos, la Costa Caribe colombiana se encuentra en desventaja evidente en competitividad, en producción y crecimiento por cuenta de los exagerados costos del servicio de energía eléctrica, que tienen a muchos hogares y empresas en grandes restricciones económicas para satisfacer los derechos básicos como la alimentación y la salud.

SEPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que de conformidad con los fines de la acción popular, que se restituyan las cosas a su estado anterior, que se compensen los perjuicios, se suspendan los actos o políticas públicas que están afectando a los habitantes de la Costa Caribe.

OCTAVA PRETENSIÓN SUBSIDIARA DE LA CUARTA: En subsidio de la pretensión cuarta, se solicita en virtud de los derechos colectivos invocados, se ordene a la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, modificar la fórmula de cobro de la tarifa diferencial durante la pandemia del Covid-19, disminuyendo el porcentaje correspondiente a este cobro, contempladas en las resoluciones CREG 101 027 de 2022, 101 028 de 2022, 101 029 de 2022 y 101 031 de 2022

IV. MEDIDA CAUTELAR

Se solicita al Honorable Tribunal que decrete como medida cautelar inmediata:

- 1) La suspensión de la Resolución CREG 010 de 2020 expedida por la Comisión en aplicación de lo ordenado en el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 1645 de 2019, y en consecuencia se excluya el pago de las deudas técnicas y no técnicas, de la fórmula para definir el precio del servicio de energía en la Costa Caribe Colombiana, por ser un factor, que afecta gravemente el derecho de los consumidores, a que la factura vaya acorde con su consumo, y no se considere dentro del precio, factores que son de responsabilidad del comercializador y no de los usuarios.
- 2) La suspensión de la fórmula el incremento del 20% del valor del factor de comercialización y demás incrementos como el riesgo de cartera, autorizado a través de la resolución 40262 del 2020, por ser un factor que parte de la inoperancia de la empresa

ELECTRICARIBE, y de la responsabilidad del Estado por falta de control efectivo, y que se trataba de un aumento transitorio, que también afecta el valor del servicio, y que no tiene nada que ver con el consumo.

V. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

De conformidad con el artículo 144 del CPACA, "Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez."

En el presente caso, se ha presentado derechos de petición ante el Ministerio de Minas y Energía, y ante la Comisión Reguladora de Energía y de Gas, para que adopten las medidas tendientes a evitar la afectación de los derechos colectivos invocados en la presente acción, a lo cual, hasta el momento no han contestado, y ya se ha vencido el término de 15 días, sin que ninguna de las dos entidades estatales, hayan adoptados las medidas necesarias de protección de los derechos colectivos invocados.

VI. COMPETENCIA:

De conformidad con el artículo 144 del CPACA, y demás normas concordantes, es usted Tribunal Superior del Atlántico competente para conocer de la presente acción popular, para la protección de los derechos colectivos, y en especial del artículo 152 del CPACA, que establece, Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

14. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.

VII. PROCEDIMIENTO.

El procedimiento a adelantar es el establecido en los artículos 144, 179 y subsiguientes del CPACA, y de las demás normas concordantes de la ley 472 de 1998.

VIII. PRUEBAS

Ténganse como pruebas, las siguientes:

1. DOCUMENTO CREG- 901 024 14-09-23. De la Comisión de Regulación de Energía y gas.
2. Copia del derecho de petición presentado a la CREG, y al Ministerio de Minas y Energía, para agotar el requisito de procedibilidad.

PRESENTACIÓN DE INFORMES.

Se solicita se presenten los siguientes informes:

De parte del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, se presente informe sobre el mercado energético del país, y de la Costa Atlántica, con el fin de analizar la problemática de escasez en el mercado energético en Colombia y dimensionar el riesgo que esto genera para el acceso al servicio de todos los colombianos y del precio de este servicio en el país y en especial de la Región Caribe.

De parte del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, sobre el estado de los proyectos de producción de energía en el país y de la Costa Atlántica, con el fin de analizar, que ha hecho el Estado para aumentar la productividad de energía en el país.

De parte del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, sobre el presupuesto del Ministerio, y sus planes de inversión para disminuir la escasez de energía en el mercado y garantizar el servicio de energía a un costo razonable, con el fin de conocer el presupuesto y cómo se va a invertir en el presenta año.

De parte del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, sobre las políticas públicas que se van a implementar para disminuir el costo del kilovatio de energía en el país y en la Costa Atlántica.

IV. NOTIFICACIONES:

Correo electrónico: ingrid_aguirre12@hotmail.com

Teléfono +(57) (601) 8770720 Ext: 3820

Dirección oficina 324 - Edificio Nuevo del Congreso

Ministerio de Minas y energía:

Dirección: Calle 43 No. 57 - 31 – Centro Administrativo Nacional

Bogotá D.C - Colombia.

Correo electrónico: notijudiciales@minenergia.gov.co

Teléfono: (60+1) 2200 300

Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG

Dirección: Av. Calle 116 No. 7-15 Edificio Cusezar Int. 2 Oficina 901,
Bogotá

Correo electrónico: notificaciones.judiciales@creg.gov.co

Teléfono: (601) 6032020

Terceros afectados.

Se solicita que se notifiquen como terceros afectados de esta acción popular a las empresas Aires y Afinia.

Empresa Aires:

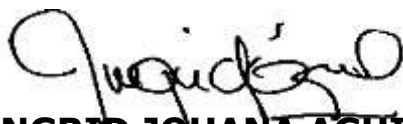
Correo electrónico: notificaciones.judiciales@air-e.com

Empresa Afinia:

Correos electrónicos: serviviosjuridicos@afinia.com.co y

notificacionesjudicialesepm@epm.com.co

Atentamente,



INGRID JOHANA AGUIRRE JUVINAO

C.C. No 39058581