

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001 03 24 000 **2020 00058** 00

Accionante: Procuraduría General de la Nación

Accionado: La Nación - Ministerio de Minas y Energía, Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.

Referencia: Es procedente reconocer como coadyuvante de la parte demandada a quienes en ejercicio del medio de control de simple nulidad presentan solicitud luego de admitida la demanda y antes de la celebración de la audiencia inicial si formulan nuevos argumentos que no se oponen a la parte que coadyuva.

I. Antecedentes

1.1. La Procuraduría General de la Nación, por intermedio de los Procuradores 47 Judicial II Administrativo y 75 Judicial I para Asuntos Administrativos de Valledupar (en adelante Procuraduría General de la Nación), el día 24 de enero de 2020, instauró demanda en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), pretendiendo la nulidad del aparte que indica *“los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato”* contenido en el Parágrafo 1 del artículo 37 de la Resolución número 108 de 3 de julio de 1997, *“Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones”*, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.¹

1.2. Aquella fue sometida a reparto el 13 de febrero de 2020 y allegada al Despacho el día 14 de ese mismo mes y año².

¹ Visible a índice 13 del Sistema de Gestión Judicial Samai.

² Visible a índice 2 ibídem.

1.3. Mediante providencia del 28 de febrero de 2020, la demanda fue inadmitida³.

1.4. La parte actora presentó escrito de subsanación de la demanda el 4 de marzo de 2020⁴.

1.5. De conformidad con lo dispuesto por la Presidencia de Consejo Superior de la Judicatura, se suspendieron términos judiciales del 16 de marzo al 30 de junio de 2020, con ocasión de la pandemia generada por el virus Covid -19⁵.

1.6. Por medio de auto calendado el día 10 de septiembre de 2020, el Despacho sustanciador entendió debidamente subsanada la demanda y, en consecuencia, la admitió por cumplir con los requisitos de ley, ordenó realizar las respectivas notificaciones, y dio las instrucciones y advertencias de rigor⁶.

1.7. El término para contestar la demanda venció el 14 de enero de 2021⁷, previo a lo cual, exactamente el 2 de diciembre de 2020, la parte accionada contestó la demanda, en el sentido de oponerse a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones que denominó, "*Ineptitud sustantiva de la demanda*", "*Proposición jurídica incompleta*" y "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*".

1.8. La Secretaría de la Sección Primera corrió traslado de las excepciones el 7 de abril de 2021, el término corrió del 8 al 12 del mismo mes y año, sin que la parte demandante realizara pronunciamiento alguno.

1.9. Mediante auto calendado el día 31 de marzo de 2022⁸, el Despacho resolvió declarar como no probadas las excepciones presentadas por el accionado.

II. Solicitud de coadyuvancia

3

⁴ Visible en el índice 7 ibídem.

⁵ Visible en el índice 9 ibídem.

⁶ Visible en el índice 10 ibídem.

⁷ Visible en el índice 26 ibídem.

⁸ Visible en el índice 47 ibídem.

2.1. El día 10 de noviembre de 2021⁹, la **Asociación Colombiana de**

Distribuidores de Energía Eléctrica (en adelante Asocodis), solicitó ser tenida como coadyuvante de la parte demandada, en los siguientes términos:

“se me reconozca como coadyuvante de la parte demandada en los términos del artículo 223 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se sirva declararse inhibido para decidir de fondo esta causa por ineptitud de la demanda y, en subsidio, niegue las pretensiones del demandante por carecer de respaldo en ordenamiento jurídico Colombiano.”

2.1.1. Como fundamento de lo anterior, formuló la excepción de Inepta demanda, bajo los siguientes argumentos:

Afirmó que, cuando se trata de demandas de inconstitucionalidad y nulidad contra actos de carácter general, presentadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se le debe imponer al actor el deber de acusar normas que *“ostente autonomía”*, es decir, que contenga una estructura jurídica y gramatical que permita una interpretación racional sobre tal disposición, para que así se evite una decisión *“inhibitoria o incompleta”*.

Mencionó que, *“Es lo que se conoce como proposición jurídica completa, la cual se constituye como requisito de la demanda en forma y cuyo principio objetivo es el de garantizar el debido proceso al permitir a los operadores jurídicos, y en particular, a quienes intervienen en ese tipo de procesos, cuya legitimación por activa es general, dado el carácter público de la acción, debatir sobre un mismo punto de derecho y no sobre las múltiples interpretaciones y especulaciones que pueden surgir de una proposición jurídica incompleta, la cual genera la necesidad de construir suposiciones o hipótesis sobre el sentido y alcance de la disposición demandada cuya insuficiencia habrá de ser llenada según el parecer de cada interprete.”*

2.1.2. Acotó que la demanda se fundamentó en cuatro (4) premisas que carecen de respaldo por parte del ordenamiento jurídico, las cuales son: (i) *“que como el artículo 365 de la Constitución establece que el Estado mantendrá la regulación de los servicios públicos, se excluye la posibilidad de regulación contractual a cargo de los*

⁹ Visible a índice 45 del Sistema de Gestión Judicial Samai

particulares, específicamente, de las empresas prestadoras del servicio”, (ii) “que las empresas enfrentan una incompatibilidad para fijar los porcentajes de desviación

significativa y, al mismo tiempo investigar tales desviaciones”, (iii) “que la ley establecido la función a cargo de la CREG de determinar los porcentajes de desviación significativa”, y (iv) “que solo a partir de la materialización de una desviación significativa el usuario tiene derecho a ejercer su defensa ante la empresa prestadora”.

2.1.3. Ahora bien, con el fin de controvertir los puntos planteados por el demandante en el escrito introductorio, la Asociación dividió sus argumentos en cuatro (4) títulos, los cuales se fundamentan de la siguiente manera; veamos:

El primero es *“El mantenimiento de la función de regulación de los servicios públicos a cargo del Estado no excluye la regulación contractual a cargo de los particulares”*. Indicó que la función de regular los Servicios Públicos Domiciliarios se encontraba a cargo del Estado en virtud de lo previsto en los artículos 365 y 370 de la Constitución Política de Colombia, y que las empresas prestadoras del servicio no podían imponer porcentajes frente al mismo, ya que esa labor específicamente la tenía la CREG.

De igual forma, mencionó que, ni el Estado, ni la CREG, cuentan con la función de definir los porcentajes de desviación significativa de consumo, pues las Leyes 142 y 143 de 1994 definen es el rango de intervención del Gobierno frente a los Servicios Públicos Domiciliarios y sobre las relaciones contractuales entre las empresas que los prestan y los usuarios, mas no establece que los porcentajes de la desviación deban ser fijados por la Comisión.

Afirmó que el artículo 149 de la Ley 142 de 1994 se limitó a obligar a las empresas a investigar de donde venían las desviaciones significativas de consumos anteriores, pues son estas las que tienen el conocimiento frente a los patrones de consumo de los usuarios, por tal razón, la CREG resolvió que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios fijaran en los contratos de condiciones uniformes, el porcentaje de desviación significativa a partir del cual se sometería a investigación

las variaciones del consumo, esto con el fin de proteger los derechos de los usuarios.

El segundo punto que desarrolló Asocodis fue, *“Sobre la presunta incompatibilidad para que las empresas fijen los porcentajes de desviación significativa”*. Manifestó

que, no es adecuado indicar que las Empresas de Servicios públicos se encuentran bajo un conflicto de intereses al momento de definir *“las desviaciones significativas del consumo de sus usuarios”*, pues eso indicaría que también debería dejar de cumplir con las funciones de atención de peticiones, quejas y reclamos, la definición de los planes de inversión de cobertura y calidad del servicio entre otras cosas. Adujo que, de ser así estaría desapareciendo el rol de dichas empresas y pasaría en cabeza del Estado como *“prestador monopólico de los servicios públicos domiciliarios”*.

El tercer título es *“La ley ni ningún otro acto ha establecido la función a cargo de la CREG de determinar porcentajes de desviación significativa del consumo ni directamente ni por delegación”*. Afirmó que, el Consejo de Estado de manera oficiosa incluyó dentro de las normas violadas por el acto demandado el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley 142 de 1994, al momento de declarar la suspensión provisional, pues no aparecía en el capítulo de *“V. NORMAS VIOLADAS”* del escrito de la demanda y tampoco, en el de *“MEDIDA CAUTELAR”*.

De igual forma, indicó que la desviación significativa es una situación que se da de la irregularidad del consumo, la cual se evidencia cuando el usuario tiene alzas o disminuciones inexplicables en el servicio. Aduce que, se encuentra de acuerdo con que se deban verificar los niveles de consumo, pero que no se encuentra de acuerdo con afirmar que basados en el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley 142 de 1994, se afirme que la competencia para definir los porcentajes de desviación significativa del mismo recaiga en la CREG, como quiera que la citada norma, regula las mediciones ordinarias y, faculta a la Comisión para que fije un plazo o término mediante el cual con instrumentos tecnológicos verificara los niveles de consumo real de los usuarios, acción que está catalogada como un derecho que tienen los ciudadanos que utilizan el servicio.

El cuarto argumento fue: *“El usuario tiene derecho a ejercer su defensa ante la empresa prestadora al margen de que se haya o no materializado una desviación significativa”*. Mencionó que, el demandante afirmó que las empresas fijaban de manera caprichosa y discrecional los porcentajes de desviación significativa del consumo, pero que dicho argumento carece de certeza pues no se logró demostrar. De igual forma adujo que, dicha manifestación no es motivo de nulidad, si no que sirve como razón para iniciar una investigación ante el ente de control a efectos de

definir si la conducta de la empresa prestadora del servicio está vulnerando alguna norma.

2.1.4. Por último, solicitó a esta Corporación que se le reconociera como coadyuvante de la parte demandada, que se declarase inhibida para proferir decisiones de fondo dentro del proceso de la referencia por la causal de ineptitud de la demanda y que, se negaran las pretensiones de nulidad y de exhorto a la CREG.

2.2. Mediante escrito radicado el 21 de noviembre de 2021¹⁰, el señor **Hernando Castro Nieto** solicitó ser tenido como coadyuvante de la CREG, en los siguientes términos:

“solicito a esta respetada Magistratura se me tenga y se me reconozca como coadyuvante de la parte demandada (Comisión de Regulación de Energía y Gas)”

2.2.1. Manifestó que la facultad que le otorga el “*artículo 9.1 a la CREG*” es para fijar plazos y términos que rigen al consumo real, el cual es medido con instrumentos técnicos, mas no comprende dicha norma la competencia de la Comisión para determinar los porcentajes de desviación significativa. Por tal razón, no es viable la supuesta violación del artículo 9.1 de la Ley 472 de 1994 en la que se fundó el auto del 5 de abril de 2021, pues al confrontar el acto demandado con el artículo 149 de la citada Legislación, no se observa la vulneración de la norma superior, por tal razón afirmó que esta Corporación no debió decretar la medida cautelar que suspendió el acto enjuiciado.

¹⁰ Visible a índice 46 ibídem

2.2.2. Por otro lado, señaló que la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios implica la existencia de un contrato entre la empresa prestadora y el usuario, el cual se rige por las condiciones especiales que se pactan entre las partes, lo cual faculta a dichas entidades que puedan fijar los porcentajes para determinar la desviación significativa del consumo. De igual forma, adujo que el artículo 73.21 de la Ley 142 de 1994 le otorgó a la CREG la función de regular los criterios generales sobre la protección de los derechos de los usuarios, y para lograr esto la Comisión puede optar por fijar directamente los porcentajes que se puedan considerar significativos

en la variación del consumo, o también podrá ordenar que las entidades prestadoras del servicio lo hagan.

III. Consideraciones

3.1. La coadyuvancia en los procesos de simple nulidad se encuentra regulada en el artículo 223 del CPACA, a saber:

“Artículo 223. Coadyuvancia en los procesos de simple nulidad. En los procesos que se tramiten con ocasión de pretensiones de simple nulidad, desde la admisión de la demanda y hasta en la audiencia inicial, cualquier persona podrá pedir que se la tenga como coadyuvante del demandante o del demandado.

El coadyuvante podrá independientemente efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte a la que ayuda, en cuanto no esté en oposición con los de esta.

Antes del vencimiento del término para aclarar, reformar o modificar la demanda, cualquier persona podrá intervenir para formular nuevos cargos o para solicitar que la anulación se extienda a otras disposiciones del mismo acto, caso en el cual se surtirán los mismos traslados ordenados para la reforma de la demanda principal”. (Subrayado por el Despacho)

3.2. De conformidad con la disposición transcrita, observa el Despacho que las solicitudes de coadyuvancia radicadas en la Secretaría de la Sección el 10 de noviembre de 2021 por el apoderado judicial de Asocodis y el 21 del mismo mes y año por el señor Hernando Castro Nieto se presentaron dentro del término legal, dado que en el proceso de la referencia se admitió la demanda, se resolvieron las excepciones planteadas por el demandado y aún no se ha celebrado audiencia inicial.

3.3. Por otro lado, el artículo 223 del CPACA dispuso que *“antes del vencimiento del término para aclarar, reformar o modificar la demanda, cualquier persona podrá intervenir para formular nuevos cargos o para solicitar que la anulación se extienda a otras disposiciones del mismo acto”*. En este sentido, es claro que dicha posibilidad faculta al tercero interviniente que coadyuva las pretensiones de la parte demandante, para que, antes del vencimiento del término para aclarar, reformar o modificar la demanda, pueda formular nuevos cargos o extender la solicitud de anulación a otras disposiciones del mismo acto.

3.4. Corolario de lo anterior, el inciso tercero del artículo 223 del CPACA no se

refiere al coadyuvante de la parte demandada, lo que lleva a concluir que el Legislador permitió que el coadyuvante de la parte demandada formule argumentos de defensa adicionales a los propuestos por la parte que coadyuva, siempre y cuando no sean opuestos a ésta; pues de lo contrario no tendría ningún sentido contemplar esta figura procesal al entenderla como una simple reiteración de la defensa que esgrime el extremo pasivo de la *litis*¹¹.

3.6. Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, observa el Despacho que las intervenciones de Asocodis y del señor Hernando Castro Nieto en calidad de coadyuvantes de la parte demandada se ajustan a lo previsto en el artículo 223 del CPACA, tal como se reconocerá en la parte resolutive de esta providencia, y en consecuencia, como no hay norma que disponga el traslado de las excepciones que propone el interesado en coadyuvar al extremo pasivo de la *litis*, tendrá que aplicarse, por analogía, lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, que regula el traslado de las excepciones que se propongan en los escritos de contestación, a efectos de garantizar el derecho de contradicción y defensa de las partes en el proceso. La norma en cita es del siguiente tenor:

“Artículo 175. Contestación de la demanda. Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito, que contendrá:

¹¹ Esta posición ha sido sostenida por la Sección Segunda desde el 18 de julio de 2018, criterio que se puede ver contenido en la providencia 11001 03 25 000 2016 01071 00, con ponencia del Consejero de Estado, Rafael Francisco Suárez Vargas.

(...)

Parágrafo 2o. modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021.

De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.” (Subrayas del Despacho)

3.7 Finalmente, y en aras de garantizar el derecho de defensa del demandante, en aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 223 del CPAA., se ordena que, por Secretaría, se de traslado de los escritos obrantes en los índices número 45 y 46 del Sistema de Gestión Judicial Samai a las partes.

En mérito de lo expuesto, el Despacho **RESUELVE**:

PRIMERO: Reconocer a la Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica – Asocodis y al señor Hernando Castro Nieto como coadyuvantes de la parte demandada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Correr traslado de los escritos presentados por las personas enunciadas en el numeral anterior, vistos en los índices números 45 y 46 del Sistema de Gestión SAMAI, en la forma que indica el parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y cúmplase,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

El presente auto fue firmado electrónicamente por el Consejero en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.