

RÉGIMEN DE REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / CONTRATO DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / DERECHOS DE LOS SUSCRIPTORES O USUARIOS – Protección / VARIACIONES EN EL CONSUMO / INVESTIGACIÓN DE DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Alcance / PORCENTAJE DE VARIACIÓN QUE DEBE ENTENDERSE POR DESVIACIÓN SIGNIFICATIVA EN EL AUMENTO O DISMINUCIÓN DEL CONSUMO DEL SERVICIO DE ENERGÍA – Determinación / FACULTAD DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS –Para investigar las desviaciones significativas / FACULTAD DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG – Para determinar el porcentaje de variación que debe entenderse por desviación significativa en el aumento o disminución del consumo / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG – Delegación de funciones / EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA – No están facultadas para fijar en las condiciones uniformes del contrato los porcentajes de variación en el consumo que constituyen desviaciones significativas

[E]s procedente precisar que la delegación es una institución prevista en el ordenamiento jurídico como instrumento de organización y gestión de la función administrativa y que a su vez constituye una técnica de manejo administrativo en virtud de la cual se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley. Ahora bien, los elementos constitutivos de la delegación son los siguientes: (i) la transferencia de funciones administrativas de un órgano a otro; (ii) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función; (iii) que dicha transferencia cuente con una previa autorización legal, y (iv) que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia, requiriendo además, la existencia de un acto formal, en el cual se señale la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario, y las condiciones relativas al tiempo, modo y lugar en las cuales se hará ejercicio de la función delegada. Con base en lo expuesto, para el Despacho resulta evidente que la CREG, al asignar a los prestadores del servicio de energía la facultad legal de fijar los porcentajes de variación de consumo que constituyen desviaciones significativas, no realizó delegación de funciones, pues en el caso en concreto, con la expedición de la norma demandada, no se dieron los requisitos constitutivos de dicha figura descritos en el párrafo anterior. En este sentido y en contexto, advierte el Despacho que, además de carecer de elementos constitutivos, la delegación es a todas luces improcedente, pues no existe habilitación legal que así lo permita. Así las cosas, la actuación administrativa desplegada con la expedición de la disposición demandada, constituye la entrega de una función cuyo titular es la CREG a las empresas prestadoras del servicio público de energía, las cuales a su vez no cuentan con facultades legales para ejercerla, dejando en evidencia una flagrante contradicción del ordenamiento jurídico. En este punto, debe indicarse que, para resolver la medida cautelar, tal y como se indicó en el numeral 3.1. de esta providencia, es suficiente con que el juzgador analice y advierta que el acto demandado es contrario al ordenamiento jurídico, en especial cuando se trata de un instituto claramente vinculado con la medición y la facturación de un servicio público domiciliario, esencial en la relación empresa - usuario. En consecuencia, el estudio precedente da cuenta de que en el caso se da esta circunstancia, ya que no se requirieron elementos probatorios o el agotamiento de otras etapas procesales para llegar a la conclusión a la que se arribó, pues bastó el análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas para resolver. Bajo tal perspectiva, lo

que halla el Despacho es la vulneración prima facie de la disposición superior contenida en el numeral 9.1. del artículo 9 de la Ley 142 de 1994, con la expedición de la expresión: “sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato”, contenida en el parágrafo 1 del artículo 37 de la Resolución número 108 de 3 de julio de 1997, proferida por la CREG. Circunstancia que impone decretar su suspensión provisional.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 9 NUMERAL 9.1 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 68 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 69 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 146 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 149 / LEY 142 DE 1994 – ARTÍCULO 150 / LEY 143 DE 1994 / DECRETO 1524 DE 1994 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 2253 DE 1994 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 1260 DE 2013 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 9

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 108 DE 1997 (3 de julio) COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS CREG – ARTÍCULO 37 PARÁGRAFO 1 (Suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-24-000-2020-00058-00

Actor: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA – MINMINAS Y COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG

Referencia: Procede la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo que faculta a las empresas prestadoras del servicio público de energía eléctrica a fijar en las condiciones uniformes del contrato los porcentajes de variación en el consumo que constituyen desviaciones significativas.

Es cierto que existen disposiciones normativas que otorgan a la CREG la función de establecer con criterios técnicos el porcentaje de variación que debe entenderse por desviación significativa en el aumento o disminución del consumo del servicio de energía.

Es cierto que las empresas prestadoras de servicios públicos tienen la facultad legal de investigar las desviaciones significativas.

No es cierto que las empresas prestadoras de servicios públicos tengan la función legal de fijar y aplicar criterios objetivos de variación de consumo.

No es cierto que la CREG al asignar a los prestadores del servicio de energía la facultad legal de fijar los porcentajes de variación de consumo que constituyen desviaciones significativas delegó lo que le fue delegado.

No es cierto que el análisis precedente deba ser abordado al momento de proferir sentencia, ya que, en la presente etapa del proceso, se cuentan con los elementos necesarios para proveer lo que corresponde.

Corresponde al Despacho resolver la solicitud de suspensión provisional del aparte que indica “*los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato*” del 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 la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones*”, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante CREG).

I. La solicitud de suspensión provisional

1.1. En un acápite especial de la demanda, la Procuraduría General de la Nación solicitó la suspensión provisional del aparte mencionado de la norma acusada, el cual es del siguiente tenor:

“Resolución No. 108 (Julio 03 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 la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de sus funciones legales, en especial las conferidas por los artículos 2º, 9º, 73º en particular los ordinales 10 y 21; 74º, 128º, 133º y 146º de la Ley 142 de 1994, y el artículo 23º de la ley 143 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que según el artículo 9º de la ley 142 corresponde a las Comisiones de Regulación fijar los plazos y términos relacionados con la medición del consumo de los usuarios con atención a la capacidad técnica y

financiera de las empresas o a la categorización de los municipios establecida por la ley.

Que el Ordinal 21 del Artículo 73 de la Ley 142 de 1994, asigna a las Comisiones de Regulación la función de señalar, de acuerdo con la Ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

Que el artículo 128 de la ley 142 asigna a las Comisiones de Regulación la función de señalar por vía general los casos en los que el suscriptor podrá liberarse temporal o definitivamente de sus obligaciones contractuales y ordena que no será parte del contrato a partir del momento en que acredite ante la empresa, en la forma que lo determinen las Comisiones, que entre él y quienes efectivamente consumen el servicio, existe actuación de policía o proceso judicial relacionado con la tenencia, la posesión material o la propiedad del inmueble.

Que el artículo 146 de la ley 142 establece que la Comisión Regulación respectiva, en un plazo no superior a 3 años, reglamentará los aspectos relativos a esa norma.

RESUELVE

(...)

Artículo 37º. Investigación de desviaciones significativas. *Para elaborar las facturas, es obligación de las empresas adoptar mecanismos eficientes que permitan someter su facturación a investigación de desviaciones significativas entre el consumo registrado del suscriptor o usuario durante un período de facturación y sus promedios de consumo anteriores.*

Parágrafo 1º. *Se entenderá por desviaciones significativas, en el período de facturación correspondiente, los aumentos o reducciones en los consumos que, comparados con los promedios de los últimos tres períodos, si la facturación es bimestral, o de los últimos seis períodos si la facturación es mensual, sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato.*

(...)”. (Subrayas del Despacho).

1.2. La parte actora sostuvo que el aparte demandado contradice los artículos 4, 6, 121, 122, 334, 336, 365 y 370 de la Constitución Política, el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, los numerales 2.5, 2.6, 2.8 del artículo 2, los numerales 3.3 y 3.4 del artículo 3 y los artículos 9, 68, 73, 74, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994, los literales a, b, c y d del artículo 3 y los literales a, c, d, e, f, o y q del artículo 23 y los artículos 20 y 69 de la Ley 143 de 1994, los Decretos 1524 y 2253 de 1994, y los numerales 1, 12, 15 y 22 del literal a del artículo 4 del Decreto 1260 de 2013.

1.3. Fundamentó la solicitud de suspensión provisional, en los argumentos expuestos en el acápite de la demanda denominado “*CONCEPTO DE VIOLACIÓN*”¹, los cuales se sintetizan a continuación:

1.3.1. Aseveró que la disposición demandada infringe las normas en que debió fundarse, en razón a que la regulación de los servicios públicos está a cargo del Estado. Para el efecto trajo a colación los artículos 365 y 370 Superiores y aseguró que solo el Congreso y el Gobierno Nacional, o quien este delegue, pueden ordenar las políticas, principios, reglas y formas de prestación eficiente de los servicios públicos y ejercer el control, inspección y vigilancia de las entidades que los suministran. Indicó que, en desarrollo de tales atribuciones, se expidieron las Leyes 142 y 143 de 1994, y que el artículo 2 de la primera de ellas reiteró la necesidad de los mecanismos de intervención del Estado. Enfatizó en los fines previstos en los numerales 2.5, 2.6 y 2.8 de dicho artículo y en los instrumentos contemplados en los numerales 3.3 y 3.4. del artículo 3 de la mencionada Ley 142 de 1994.

Se refirió a las funciones del Estado en cuanto al servicio público de electricidad, contenidas en los literales a, b, c y d del artículo 3 de la Ley 143 de 1994, a la creación de las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos Domiciliarios que esta misma ley contempló en el artículo 69, y a las funciones que previamente les había asignado el artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

Luego, particularizó en las tareas que a estas Comisiones de Regulación les asignó el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, resaltando la obligación de regular los monopolios para lograr operaciones económicamente eficientes, sin abusos de posición dominante y con servicios de calidad, y las funciones especiales en cuanto a energía y gas combustible. En esta misma línea se detuvo en el artículo 20 de la Ley 143 de 1994, y aseguró que la principal función de regulación en el sector energético es garantizar una excelente prestación del servicio, mediante el aprovechamiento eficiente de los recursos, en beneficio de los usuarios en términos de calidad, oportunidad y costos. Así mismo, destacó que el Decreto 1524 de 1994 delegó el cumplimiento del artículo 23 de la Ley 143 de 1994 en la CREG y precisó las funciones contenidas en los literales a, c, d, e, f, o y q.

¹ Visto a folios 5 a 23 del Cuaderno de Medidas Cautelares.

Luego, reseñó el Decreto 2253 de 1994, a través del cual el Presidente de la República encomendó en la CREG las funciones contenidas en el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, y los numerales 1, 12, 15 y 22 del literal a) del artículo 4 del Decreto 1260 de 2013, que le asignó funciones relacionadas con los sectores de energía eléctrica, gas, combustible y líquidos derivados.

Con base en todo en lo anterior, concluyó que, en virtud del artículo 365 Superior, el Estado debe mantener la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, lo que excluye la posibilidad de que órganos distintos o particulares ejerzan esta función. En esta medida, señaló que a la CREG le está vedado desprenderse de sus funciones para asignarlas a los prestadores del servicio público de energía, como ocurrió cuando, en el parágrafo 1 del artículo 37 de la Resolución 108 de 1997, dispuso que las empresas determinarían lo que debía entenderse por desviación significativa en el consumo.

1.3.2. En cuanto a la falta de competencia funcional, por la indebida delegación de funciones que hizo la CREG a las empresas de servicios públicos y a la violación al principio de legalidad, manifestó que, de conformidad con los artículos 149 y 150 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios, al expedir las facturas, tienen la obligación de investigar las desviaciones significativas frente a los consumos anteriores y, en consecuencia, no podrán realizar el cobro si al cabo de cinco (5) meses no la han iniciado o culminado. Lo anterior, en consideración de la accionante, tiene como finalidad abrir en favor del usuario un escenario administrativo en el que se le garantice el debido proceso encaminado a determinar si el aumento o la disminución significativa en la facturación obedece a un error o inconsistencia, si existen fugas que deban ser corregidas u otras circunstancias que la empresa deba subsanar; todo esto, en defensa de los derechos del consumidor y como control a la posición dominante que tiene el prestador.

Afirmó que la Ley 142 de 1994 no estableció parámetros sobre aquello que deba entenderse por desviación significativa o su investigación y que la CREG, en desarrollo de las delegaciones hechas, reguló el tema, y estableció que se entenderían por desviaciones significativas los aumentos o reducciones en los consumos que *“sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las*

condiciones de uniformes del contrato"². Lo que resulta violatorio del ordenamiento jurídico, ya que es la CREG la facultada para establecer los porcentajes y en quien reside la competencia para regular el tema, todo lo cual se traduce en la vulneración del principio de legalidad derivado de los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política.

Conforme lo anterior, aseveró que la CREG no podía asignar dicha función, ni siquiera parcialmente, a los prestadores del servicio, y que hacerlo es irregular, pues omitió el cumplimiento de las funciones que le son propias, delegó lo delegado y habilitó a particulares para definir un asunto que constitucionalmente le fue asignado al Presidente de la República. Indicó que no bastaba con que la CREG estableciera las condiciones en que debían desarrollarse las investigaciones por desviaciones significativas, sino que, además, debió establecer el porcentaje que la constituía. En consecuencia, aseguró que la CREG procedió en contravía del artículo 11 de la Ley 489 de 1998.

1.3.3. De conformidad con el artículo 9 de la Ley 142 de 1994, acusó a la norma enjuiciada de favorecer el abuso de posición dominante, desconocer las garantías de prestación eficiente del servicio en términos económicos y limitar la protección de los derechos de los usuarios, ya que en dicha disposición se determina que las empresas deben hacer medición real de los consumos mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora.

Señaló que la delegación otorgada a las empresas permitió que se establecieran unos mínimos inalcanzables que restringen en gran medida la posibilidad de reclamo de los usuarios y, por tanto, su derecho de contradicción cuando se presentan alzas anormales e injustificadas del consumo; circunstancia que además llevó a que se crearan fórmulas para identificar desviaciones significativas, que resultan inentendibles para los usuarios. Para corroborar dichas afirmaciones, trajo a colación la ordenación que respecto del tema efectuó la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y diseñó un cuadro para evidenciar la forma en la que veintiún (21) empresas de servicios públicos han actuado discrecional y caprichosamente al estimar, en los contratos de condiciones uniformes, el porcentaje de la desviación significativa.

² Parágrafo 1 del artículo 37 de la Resolución CREG 108 de 1997.

II. Traslado de la solicitud a las autoridades demandadas

Por medio de auto calendado el 10 de septiembre de 2020, se corrió traslado a la parte demandada para que se pronunciara sobre la solicitud de suspensión provisional³.

Por medio de correo electrónico enviado el 22 de septiembre de 2020 a la Secretaría General de la Sección Primera de esta Corporación, la **CREG** solicitó que no se suspendieran los efectos del aparte del parágrafo 1 del artículo 37 de la Resolución 108 de 1997, pues consideró que, del análisis de esa disposición y su confrontación con las normas superiores invocadas, no resulta la violación aducida en la solicitud y que, por tanto, no se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 231 del CPACA para la adopción de la medida cautelar. La petición la sustentó con los siguientes argumentos:

2.1. Explicó que el estatuto procesal sujeta la medida cautelar de suspensión provisional a la constatación objetiva de que la norma demandada contraviene disposiciones superiores, mientras que, en su consideración, la solicitud elevada por la demandante implica un análisis de fondo y debe resolverse en la sentencia.

2.2. Trajo a colación jurisprudencia de esta Corporación e indicó que los criterios para impedir que un acto administrativo siga produciendo efectos son claros y que desde ese punto los argumentos esbozados por el demandante parten de razones subjetivas, orientadas a atribuir a la norma demandada unos efectos que no emanan objetivamente de su contenido.

2.3. Luego de hacer una síntesis de la solicitud de la medida cautelar, aseguró que del análisis del acto demandado y la confrontación con las normas superiores no surge de manera manifiesta, clara y evidente la violación que el actor invoca y que, por el contrario, es claro que la disposición demandada lo que hace es establecer un criterio general de protección de los derechos de los usuarios consistente en la obligación que tienen las empresas de fijar previamente, en las condiciones del contrato, los porcentajes que constituyen desviaciones significativas.

³ Visto a folio 30 del cuaderno de medidas cautelares.

Afirmó que la norma acusada no delega en las empresas de servicios públicos domiciliarios de energía y gas la potestad de reglamentar las desviaciones significativas de los consumos y que refutar esto implica un estudio de fondo del concepto, características y elementos de dicha figura; máxime cuando las normas superiores que se alegan infringidas no reservan la potestad reglamentaria de las desviaciones significativas y que, por tanto, resulta imposible establecer *prima facie* que la fijación de los porcentajes de variación del consumo implique su ejercicio.

2.4. Argumentó, desarrollando el último criterio anotado, que la facultad que otorga la Ley 142 de 1994 a las empresas de servicios públicos para definir las desviaciones significativas comprende la de fijar los porcentajes de variación de los consumos, dado que la ley no reserva a la CREG la definición de ese criterio, tal y como se desprende de la lectura de los artículos 146 y 149 de la mencionada ley, según los cuales las empresas están facultadas para fijar cualquier criterio objetivo en cuanto a las variaciones de los consumos, e insistió en que concluir lo contrario implica analizar de fondo el asunto, lo cual excede el ámbito de la medida cautelar.

2.5. Adicional a lo anterior, arguyó que disponer que las empresas fijen en las condiciones uniformes del contrato los porcentajes para determinar las desviaciones significativas del consumo, no constituye una omisión en el ejercicio de la función de señalar los criterios generales de protección de los usuarios, pues las normas superiores invocadas no exigen a la CREG que los fije directamente, ya que lo que le atribuyen es la función regulatoria de señalar los criterios generales sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos referentes a la relación de éstos con las empresas. Consideró como claro y evidente que, para proteger los derechos de los usuarios, la CREG puede optar por fijar directamente los porcentajes que se consideran significativos en la variación del consumo o por ordenar a las empresas que los fijen o acudir a un criterio distinto.

2.6. Expuso que los contratos de condiciones uniformes allegados como pruebas con la demanda, dan cuenta de la forma como las empresas han dado aplicación a la norma enjuiciada, y que de ellos no puede concluirse directamente la violación de normas superiores.

Con fundamento en todo lo dicho, concluyó lo siguiente:

“(i) La decisión cautelar de impedir provisionalmente que el acto demandado siga produciendo efectos procede cuando de su confrontación con las normas superiores surge una violación manifiesta, clara y evidente de estas últimas.

(ii) La medida cautelar no puede fundarse en las razones o argumentos de fondo sobre la violación de las normas superiores, cuyo análisis está reservado al fallo definitivo.

(iii) En el caso bajo análisis, la solicitud de la medida cautelar se sostiene en que la norma impugnada viola las normas superiores invocadas, porque con ella la CREG habría omitido ejercer la función de regular las desviaciones significativas y se habría extralimitado en el ejercicio de sus funciones, al delegar en las empresas de servicios públicos la función de regular las desviaciones significativas, sin estar facultada para ello.

(iv) Del análisis del acto demandado resulta manifiesto, claro y evidente que el mismo fija un criterio de protección de los derechos de los usuarios, consistente en que las empresas de servicios públicos deben fijar en las condiciones uniformes del contrato, los porcentajes aplicables para determinar que las variaciones en los consumos son significativas. Determinar si la atribución de ese deber constituye una delegación de funciones públicas a las empresas de servicios públicos, no autorizada legalmente, como se sostiene en la solicitud, rebosa arbitrariamente los límites de la decisión cautelar.

(v) La facultad que el artículo 146 de la Ley 142 de 1994 atribuye a las empresas de servicios públicos para investigar las desviaciones significativas, de manera clara y evidente comprende la de determinar los criterios para determinar cuándo la variación del consumo es significativa. Establecer si es contrario a la ley que las empresas fijen los criterios para determinar que las desviaciones en los consumos son significativas, implica analizar de fondo si la facultad otorgada en el citado artículo 146, excluye la de fijar los porcentajes señalados en el aparte normativo demandado, lo cual desborda el ámbito de la medida cautelar.

(vi) La conclusión sobre si la CREG omitió el ejercicio de sus funciones y si esa omisión resulta contraria a las normas superiores invocadas, como se señala en la solicitud, debe pasar por el juicio de adecuación y proporcionalidad exigido por los artículos 3 de la Ley 142 de 1994 y 44 del C.P.A.C.A. y, por tanto, implica acudir a un juicio abiertamente distinto de la confrontación directa y objetiva entre el acto demandado y las normas superiores, señalado en el artículo 231 del C.P.A.C.A y los criterios jurisprudenciales sentados en la materia por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

(vii) El estudio de los contratos de condiciones uniformes allegados como pruebas con la demanda dan cuenta de la forma como las empresas han aplicado o dejado de aplicar la norma demandada, empero nada acreditan respecto de la violación de las normas superiores que se endilga a la norma impugnada.”⁴

III. Caso concreto

3.1. Esta Sección ha sostenido en cuanto a los requisitos para decretar la medida cautelar, lo siguiente:

“A voces del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, «cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud». Entonces, su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad, mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado. Dice así el citado artículo:

«Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*

⁴ Visto a folio 42 del cuaderno de medidas cautelares.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.» (Negrillas fuera del texto).

Del texto normativo transcrito se desprenden, para la procedencia de la medida cautelar, los siguientes requisitos: i) que se invoque a petición de parte, ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acredite, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados”.

3.2. Así las cosas, de acuerdo al contenido y alcance de la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional hecha por la demandante y de los argumentos esgrimidos por la demandada alegando su improcedencia, se observa que discrepan en si existe norma que otorgue a la CREG la función de establecer con criterios técnicos el porcentaje de variación que debe entenderse por desviación significativa en el aumento o disminución del consumo del servicio de energía, pues para la Procuraduría dicha Comisión sí ostenta esa atribución, mientras que la demandada asegura que tan solo es responsable de señalar criterios generales de protección a los usuarios y en esa medida, cuenta con la posibilidad de fijar directamente los porcentajes o permitir que lo hagan las empresas de servicios públicos.

También difieren en si la facultad de dichas empresas de investigar las desviaciones significativas comprende la de fijar y aplicar criterios objetivos de variación de consumo, ya que para la CREG tal afirmación es procedente y tiene sustento normativo en los artículos 146 y 149 de la Ley 142 de 1994; mientras que para la parte actora las disposiciones anotadas no permiten llegar a la conclusión que formula la accionada, razón ésta que la conduce a señalar que lo que se produjo fue una delegación indebida de funciones y por ende la trasgresión de los mandatos establecidos en ese sentido en la Ley 489 de 1998, como quiera que es la CREG la titular de esa función por delegación autorizada por la Ley del Presidente de la República a la Comisión.

Adicionalmente, discrepan en si la norma demandada favorece el abuso de posición dominante, desconoce las garantías de prestación eficiente del servicio en términos económicos y limita la protección de los usuarios; pues la demandante aduce que ello acontece al permitir que las empresas de servicios públicos fijen el porcentaje de variación del consumo que debe entenderse por desviación significativa; contrario a lo que piensa la entidad demandada, que considera que la disposición enjuiciada fija un criterio general de protección a los usuarios al imponer a las empresas un deber de obligatorio cumplimiento previo a la suscripción del contrato de condiciones uniformes.

Finalmente, el apoderado de la CREG indica que el análisis que se ha puesto de presente debe ser abordado al momento de proferir sentencia que resuelva la *Litis*, pues no se cuentan con los elementos necesarios en esta etapa del proceso para proveer lo que corresponde.

3.2.1. Régimen de regulación de servicios públicos

De acuerdo con lo anterior y con el fin de dar respuesta a cada uno de los puntos de controversia planteados, el Despacho hará alusión al régimen de regulación de los servicios públicos en Colombia, el cual encuentra sustento en la Constitución política de 1991, que dedica el capítulo cinco “*DE LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS SERVICIOS PUBLICOS*” a desarrollar el tema, indicando en los artículos 365 y siguientes, que su regulación, control y vigilancia está a cargo del Estado, pues estos son inherentes a su finalidad social, tal y como se evidencia a continuación:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”. (Subrayas del Despacho).

De dichas disposiciones se deduce que será la ley la que delimite su régimen jurídico, dejando así en manos del Congreso de la República dicha función. Lo que se precisa en los siguientes artículos:

“Artículo 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas”. (Subrayas del Despacho).

“Artículo 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios”. (Subrayas del Despacho).

Por su parte, el artículo 370 de la Constitución atribuyó al Presidente de la República la responsabilidad de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten:

“Artículo 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.”

Conforme a lo expuesto, el Congreso de la República profirió la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, y la Ley 143 de 1994, “por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”. La primera de estas disposiciones en el artículo 68 autorizó al Presidente de la República a delegar el ejercicio de sus funciones en las Comisiones de Regulación de los

servicios públicos, que a su vez fueron creadas en el artículo 69, en los siguientes términos:

“Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones. *El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.*

Las normas de esta Ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones”. (Subrayas del Despacho).

“Artículo 69. Organización y naturaleza. *Créanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación:*

69.1. *Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico.*

69.2. *Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.*

69.3. *Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones.*

Parágrafo. *Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo.”*

Soportado en la autorización legal, el Presidente de la República expidió el Decreto 1524 de 1994, “*Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones*”, el cual en su artículo 2 precisó las funciones de la CREG en los siguientes términos:

“Artículo 2. *La Comisión de Regulación de Energía y Gas ejercerá las funciones que señala el artículo 23 de la Ley 143 de 1994, en los términos previstos en dicha ley y demás disposiciones concordantes.”*

De igual forma, profirió el Decreto 2253 de 1994, “*por el cual se delegan unas funciones*”, y en el dispuso:

“Artículo 1. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 1254 de 1994, delegase en la Comisión de Regulación de Energía y*

Gas las funciones presidenciales a las que se refiere el artículo 68, y las disposiciones concordantes de la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", para que las ejerza en la forma prevista en esta ley, en relación con los servicios públicos respectivos." (Subrayas del Despacho)

Conforme a todo lo dicho, es claro que el régimen jurídico de los servicios públicos debe ser definido por el Legislador, que corresponde al Ejecutivo señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia y que estas funciones, en lo que respecta a energía y gas, en virtud de la delegación Presidencial, se encuentran a cargo de la CREG.

3.2.2. Funciones de la CREG. Desviaciones significativas

De acuerdo con lo anterior y atendiendo a los argumentos expuestos por las partes, el primer punto que debe resolver el Despacho es si es cierto que es función de la CREG establecer con criterios técnicos el porcentaje de variación que debe entenderse por desviación significativa en el aumento o disminución del consumo del servicio de energía.

Así las cosas, es menester indicar que las relaciones que surgen del contrato del servicio público domiciliario de energía eléctrica se desarrollan dentro de los principios consagrados en las Leyes 142 y 143 de 1994, y con sujeción a los criterios generales sobre protección de los derechos de los suscriptores o usuarios. Así fue concebido por la misma CREG en el artículo 3 de la resolución acusada; veamos:

"Artículo 3. Criterios Generales. Las relaciones que surgen del contrato de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de distribución de gas combustible por red de ductos, se desarrollarán dentro de los principios consagrados en las Leyes 142 y 143 de 1994, y el Decreto 1842 de 1991, siempre que no contradigan tales leyes, con sujeción a los siguientes criterios generales sobre protección de los derechos de los suscriptores o usuarios de los servicios:

1.) De los Derechos y Garantías Mínimas. Los derechos y garantías consagrados en las leyes 142 y 143 de 1994, en el Decreto 1842 de 1991, en las normas de carácter general expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y demás autoridades competentes, así como en las normas que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan, que consagren derechos en favor de los usuarios, constituyen el mínimo de derechos y garantías de los usuarios y no

podrán ser vulnerados ni desconocidos por las empresas en la ejecución del contrato de servicios públicos.

(...)” (Subrayas del Despacho)

Con base en lo anterior, resulta claro que las disposiciones de la Ley 142 de 1994, así como las reglamentarias contenidas en el Decreto 1842 de 1991 y las que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas, deben ser tenidas en cuenta y respetadas en la ejecución de los contratos de servicios públicos, máxime cuando se trata de asegurar los derechos y garantías de los usuarios.

En esta misma línea, el Decreto 1260 de 2013⁵ asigna a la CREG el deber de velar por la protección de los derechos de los consumidores y la obligación de señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos y la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos concernientes a la relación de la empresa con el usuario, tal cual se lee en el numeral 13 de las “*funciones específicas en relación con el servicio de electricidad*”, y en el numeral 22 del literal a), “*funciones en relación con los sectores de energía eléctrica y gas combustible*”, del artículo 4 la mencionada disposición. Dejando ver que la función primordial de regulación que ejerce la Comisión es, en sí misma, un derecho de los suscriptores y, a su vez, una forma de lograr su amparo y salvaguarda.

Ahora bien, en lo atinente a la medición de consumos, el numeral 9.1. de la Ley 142 de 1994 contempla como parte del catálogo de beneficios de los consumidores el que se pone a consideración en seguida:

“Artículo 9. Derecho de los usuarios. 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.” (Subrayas del Despacho).

⁵ “Por el cual se modifica la estructura de la Comisión de Regulación de Energía y Gas”

Lo anterior es indicativo de que quedó en manos de las Comisiones de Regulación la creación de los plazos y términos para la medición de los consumos reales de los servicios públicos y que para ello debe atender parámetros como la capacidad técnica y financiera de las empresas o la categoría de los municipios. Lo dicho supone un deber legal para la CREG y un derecho del mismo rango para el usuario.

En este orden de ideas, vale la pena resaltar que la desviación significativa es una condición irregular del consumo, que consiste en una variación por aumento o disminución sobre promedio normal que sobrepasa el porcentaje que, con base en criterios técnicos, se haya fijado como parámetro considerable.

Con base en lo anterior, resulta indispensable precisar que, cuando el consumo presenta la situación antes descrita o, dicho en otras palabras, cuando, al compararse con los promedios históricos de un mismo suscriptor o con los promedios de usuarios con características similares, reporta cambios o alteraciones importantes que demuestran un alza o disminución inexplicable, también deben medirse dentro de los plazos y términos que para el efecto fije la Comisión Reguladora en cumplimiento de la ley; pues obtener una medición real bajo esos parámetros, es un derecho del usuario que debe materializarse en condiciones normales de consumo, pero también en circunstancias en las que éste presente variaciones.

En ese contexto, es claro para este Despacho que el determinar un aumento o disminución en el promedio de consumo implica una función de medición y que, en consecuencia, establecer con criterios técnicos qué porcentaje de dicha variación puede entenderse como desviación significativa, es responsabilidad de la CREG, al tenor de lo que dispone el numeral 9.1. del artículo 9 de la Ley 142 de 1994; pues tal condición tiene incidencia directa en la posterior facturación, elemento principal en la relación del usuario con la empresa, como quiera que constituye la contraprestación que ésta recibe de aquél como consecuencia del servicio, y que no puede quedar al arbitrio de la parte que tiene a su cargo cumplir con eficiencia en la prestación de un servicio público que es inherente a la finalidad del Estado en la relación contractual.

3.2.3. Funciones de la Empresas de Servicios Públicos. Investigación de desviaciones significativas

Resuelto el punto anterior, procede el Despacho a precisar si es cierto que las empresas prestadoras de servicios públicos tienen la facultad legal de investigar las desviaciones significativas y si ésta comprende la de fijar y aplicar criterios objetivos de variación de consumo. Para los efectos anotados, es necesario aludir y analizar los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994.

3.2.3.1. Pues bien, los artículos 149 y 150 de la Ley 142 de 1994, al referirse a las desviaciones significativas, indicaron lo siguiente:

“Artículo 149. De la revisión previa. Al preparar las facturas, es obligación de las empresas investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Mientras se establece la causa, la factura se hará con base en la de períodos anteriores o en la de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes o mediante aforo individual; y al aclarar la causa de las desviaciones, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso.” (Subrayas del Despacho).

“Artículo 150. De los cobros inoportunos. Al cabo de cinco meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario.” (Subrayas de la Sala).

En cuanto a la primera de las normas mencionadas, no cabe duda que ésta contiene una orden legislativa encaminada a imponer a las empresas prestadoras de servicios públicos la obligación de investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores e indica el procedimiento que se debe agotar para ese fin. En consecuencia, es imperioso concluir que las empresas sí cuentan con esa facultad.

Ahora bien, en el curso de dicha investigación la empresa podrá fijar un consumo probable con base en promedios y hacer el cobro provisional mientras se determina el consumo cierto, luego de lo cual, las diferencias frente a los valores que se cobraron se abonarán o cargarán al suscriptor o usuario, según sea el caso; la última de las posibilidades solo será viable si no han pasado más de cinco (5) meses, tal cual lo dispone el artículo 150 *ibídem*.

Dicho lo anterior, conviene abordar el segundo cuestionamiento, es decir, si tales atribuciones abarcarían la de fijar criterios objetivos de variación de consumo.

Para el efecto, es menester precisar el alcance que tiene la obligación de investigación que recae en las empresas y las facultades que éstas pueden ejercer en su cumplimiento.

La expresión “investigar” es definida como “*indagar para descubrir algo*”⁶, “*Indagar para aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente*”⁷ o “*Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia*”⁸.

Así las cosas, el desarrollo de procedimientos técnicos, tales como revisión de redes o equipos de medición para descartar la existencia de fallas, recolección de información para establecer cambios en hábitos de utilización del servicio o número de usuarios, visitas para revisión interna y externa del lugar o pruebas técnicas de funcionamiento, entre otras metodologías, tendientes a determinar las causas materiales que dan origen a las variaciones en el consumo, podrían entenderse como actividades dirigidas a la investigación de un consumo irregular. No obstante, tal función no supone el establecimiento de un criterio que precise cuándo el consumo es significativamente fuera de lo normal, aspecto que llevaría al Despacho a concluir que la función anotada no comprende la de determinar el criterio técnico de cuándo existe una desviación significativa.

En efecto, la facultad reconocida por orden legal a las empresas de servicios públicos supone un parámetro que debe ser establecido, y por supuesto, conocido previamente, en aras a que el adelantamiento de la indagación pueda concretarse en una conclusión clara sobre si existió o no la anormalidad que es objeto de la indagación correspondiente.

Conforme al análisis precedente, observa el Despacho que ninguno de los artículos analizados con anterioridad prevé la posibilidad de que las empresas prestadoras del servicio público fijen los criterios objetivos a aplicar; situación que resulta lógica, pues no es viable que un mismo sujeto sea responsable de precisar los estándares que orientan su actuación y al mismo tiempo tenga el deber de investigar si el consumo los ha superado, y menos cuando de ello depende lo que facturará al usuario para su pago.

⁶ Según conceptos de la Real Academia de la Lengua Española.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

Todo lo anterior permite colegir que las empresas prestadoras de servicios públicos tienen la facultad legal de investigar las desviaciones significativas, pero que ésta no conlleva la de establecer el porcentaje de variación que debe entenderse por desviación significativa en el aumento o disminución del consumo del servicio de energía, en tanto que tal porcentaje es el parámetro previo que guía la función de indagación sobre presuntas condiciones anómalas del consumo; criterio éste que debe ser establecido por la autoridad (CREG), y no por un régimen creado por quienes detentan la función de investigación (ESP), en su calidad de parte dentro del contrato de condiciones uniformes.

3.2.3.2. Ahora, el artículo 146 ibídem, regula lo concerniente a la medición del consumo y el precio del contrato, en los siguientes términos:

“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.

Quando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.

Habrá también lugar a determinar el consumo de un período con base en los de períodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares o en aforos individuales cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble. Las empresas están en la obligación de ayudar al usuario a detectar el sitio y la causa de las fugas. A partir de su detección el usuario tendrá un plazo de dos meses para remediarlas. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos seis meses. Transcurrido este período la empresa cobrará el consumo medido.

La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior. Se entenderá igualmente, que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario.

En cuanto al servicio de aseo, se aplican los principios anteriores, con las adaptaciones que exige la naturaleza del servicio y las reglas que esta Ley contiene sobre falla del servicio; entendiéndose que el precio

que se exija al usuario dependerá no sólo de los factores de costos que contemplen las fórmulas tarifarias sino en todo caso de la frecuencia con la que se le preste el servicio y del volumen de residuos que se recojan.

En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo.

Las empresas podrán emitir factura conjunta para el cobro de los diferentes servicios que hacen parte de su objeto y para aquellos prestados por otras empresas de servicios públicos, para los que han celebrado convenios con tal propósito.

En todo caso, las empresas tendrán un plazo a partir de la vigencia de la presente Ley para elevar los niveles de macro y micromedición a un 95% del total de los usuarios, para lo cual deberán iniciar un plan, con un porcentaje mínimo de inversión, para la adquisición y financiación de los medidores a los estratos 1, 2, 3.

Parágrafo. *La Comisión de Regulación respectiva, en un plazo no superior a tres años a partir de la vigencia de la presente Ley, reglamentará los aspectos relativos a este artículo con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios objeto de esta Ley.”*
(Subrayas del Despacho)

El inciso segundo de la norma transcrita, en lo pertinente con el servicio de energía eléctrica, parte de un supuesto específico, cual es el que, durante un período determinado, no le sea posible a la Empresa de Servicios Públicos medir razonablemente con los instrumentos respectivos los consumos, e indica que en esa precisa circunstancia dichas empresas estarían habilitadas para establecer el valor a pagar en el contrato de condiciones uniformes.

También las habilita para determinar la forma en que debe ser calculado el valor en dichos contratos disponiendo tres opciones: (i) con base en los promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, (ii) con fundamento en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o (iii) con base en aforos individuales, dependiendo de lo que dispongan los contratos de condiciones uniformes.

En este orden de ideas, para el Despacho resulta claro que la hipótesis regulada en la mencionada disposición y el consiguiente reconocimiento de una facultad a las empresas enunciadas, solo puede ser ejercida al amparo de esas circunstancias específicas; es decir, únicamente está referida a la posibilidad de realizar un cobro temporal, conforme a unos parámetros establecidos en el

contrato de condiciones uniformes, siempre que sea imposible medir el consumo con los instrumentos establecidos para el efecto; situación que dista de aquella en que se presentan las desviaciones significativas, pues este último caso se concibe como un parámetro precisado en términos porcentuales que determina cuándo un consumo está dentro de rangos de normalidad. Así lo comprendió la CREG al conceptualizar dicha figura en la decisión que se enjuicia:

“Se entenderá por desviaciones significativas, en el período de facturación correspondiente, los aumentos o reducciones en los consumos que, comparados con los promedios de los últimos tres períodos, si la facturación es bimestral, o de los últimos seis períodos si la facturación es mensual, sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato.”

Así pues, de lo dicho en los numerales 3.2.2. y 3.2.3 se concluye que la normativa legal es clara en asignar a las Comisiones de Regulación, de manera directa, el cumplimiento de un deber relacionado con la fijación de los términos y plazos para la medición de los consumos reales, espectro en el cual se halla la definición de la desviación significativa; en tanto que a las empresas de servicios públicos les impone la obligación de investigar si en la medición del periodo facturado existe o no un consumo superior o inferior al rango de normalidad que previamente se adopte y desviaciones significativas, o lo que es lo mismo, si se presenta o no un caso de desviación significativa.

Revisado entonces el panorama normativo de competencias para el asunto bajo análisis, pasará el Despacho a abordar lo relacionado con el cargo de indebida delegación que propuso la Procuraduría en su solicitud cautelativa.

3.2.4. Delegación de funciones de la CREG a las empresas prestadoras del servicio de energía.

Sobre el particular, lo que advierte el Despacho, antes de plantear los problemas que se le han puesto en consideración en esta etapa, es que tanto la Procuraduría como la CREG están de acuerdo en que en la disposición censurada dicha Comisión asigna la función de determinar el porcentaje de variación en el consumo que constituye desviación significativa a las Empresas de Servicios Públicos. En tal orden, el disenso radica en determinar si se trata de una función que le fue delegada a la CREG por el Presidente de la República por virtud de la habilitación que en ese sentido autorizan los Decretos 1524 y 2253 de 1994, en

aplicación del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, y si, de ser afirmativa la respuesta a tal cuestión, es cierto que la CREG, a su vez, delegó esa función en las ESP.

3.2.4.1. Así las cosas, en primera medida el Despacho establecerá si es cierto que fijar los porcentajes de variación en el consumo que constituyen desviaciones significativas es una función que fue delegada por el Presidente de la República a la CREG.

Es preciso indicar que el artículo 68 de la ley 142 de 1994 contempla que algunas de las funciones del Presidente de la República en materia de servicios públicos se deleguen a las comisiones de regulación; dichas atribuciones, en principio, se refieren a la fijación de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, según lo indicado en el artículo 370 de la Constitución, conforme a lo cual, el Presidente de la República expidió los Decretos 1524⁹ y 2253¹⁰ de 1994, e indicó que la CREG ejercería las tareas que señala el artículo 23 de la Ley 143 de 1994, y los oficios presidenciales a que se refiere el artículo 68 y las disposiciones concordantes de la Ley 142 de 1994.

Sin embargo, es menester aclarar que el marco funcional de las Comisiones de Regulación no se restringe a lo señalado anteriormente y que su única fuente no es la delegación, sino que sobre ellas también recaen las obligaciones que la ley directamente les asigna, verbigracia, la disposición contenida en el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley 142 de 1994.

En consideración a lo expuesto, el Despacho concluye que, determinar plazos y términos para la medición de consumos que implica fijar los porcentajes de variación en el consumo que constituyen desviaciones significativas, no es una función de la CREG de las delegadas por el Presidente de la República, sino que es una obligación atribuida por expreso mandato del Legislador.

3.2.4.2. Resuelto lo anterior, y partiendo de la premisa de que dicha función no fue delegada a la CREG, corresponde al Despacho determinar si es cierto que la Comisión de Regulación, al asignar a los prestadores del servicio de energía la

⁹ *“Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones”;*

¹⁰ *“por el cual se delegan unas funciones.”*

facultad legal de fijar los porcentajes de variación de consumo que constituyen desviaciones significativas, delegó sus funciones. Para el efecto es indispensable analizar la anotada figura, como pasará a efectuarse a continuación.

Los fundamentos jurídicos de la delegación se encuentran definidos, en primer término, en el artículo 209 de la Constitución, en donde se dispone que la función administrativa se cumple en el Estado colombiano con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, *“mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”*.

Por su parte, el artículo 211 de la Constitución Política, al referirse en concreto a la figura de la delegación, establece que *“La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.”*

En desarrollo de la precitada normativa constitucional (artículos 209 y 211), la Ley 489 de 1998¹¹ reguló el instituto jurídico de la delegación, previendo en su artículo 9º que *“las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias”*; que la delegación recaerá *“en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley”*; y que *“los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley”*.

¹¹ *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*

Con fundamento en lo dicho, es procedente precisar que la delegación es una institución prevista en el ordenamiento jurídico como instrumento de organización y gestión de la función administrativa y que a su vez constituye una técnica de manejo administrativo en virtud de la cual se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley.

Ahora bien, los elementos constitutivos de la delegación son los siguientes: (i) la transferencia de funciones administrativas de un órgano a otro; (ii) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función; (iii) que dicha transferencia cuente con una previa autorización legal, y (iv) que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencia, requiriendo además, la existencia de un acto formal, en el cual se señale la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario, y las condiciones relativas al tiempo, modo y lugar en las cuales se hará ejercicio de la función delegada

Con base en lo expuesto, para el Despacho resulta evidente que la CREG, al asignar a los prestadores del servicio de energía la facultad legal de fijar los porcentajes de variación de consumo que constituyen desviaciones significativas, no realizó delegación de funciones, pues en el caso en concreto, con la expedición de la norma demanda, no se dieron los requisitos constitutivos de dicha figura descritos en el párrafo anterior.

En este sentido y en contexto, advierte el Despacho que, además de carecer de elementos constitutivos, la delegación es a todas luces improcedente, pues no existe habilitación legal que así lo permita. Así las cosas, la actuación administrativa desplegada con la expedición de la disposición demandada, constituye la entrega de una función cuyo titular es la CREG a las empresas prestadoras del servicio público de energía, las cuales a su vez no cuentan con facultades legales para ejercerla, dejando en evidencia una flagrante contradicción del ordenamiento jurídico

En este punto, debe indicarse que, para resolver la medida cautelar, tal y como se indicó en el numeral 3.1. de esta providencia, es suficiente con que el juzgador analice y advierta que el acto demandado es contrario al ordenamiento jurídico, en

especial cuando se trata de un instituto claramente vinculado con la medición y la facturación de un servicio público domiciliario, esencial en la relación empresa - usuario. En consecuencia, el estudio precedente da cuenta de que en el caso se da esta circunstancia, ya que no se requirieron elementos probatorios o el agotamiento de otras etapas procesales para llegar a la conclusión a la que se arribó, pues bastó el análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas para resolver.

Bajo tal perspectiva, lo que halla el Despacho es la vulneración *prima facie* de la disposición superior contenida en el numeral 9.1. del artículo 9 de la Ley 142 de 1994, con la expedición de la expresión: “*sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato*”, contenida en el párrafo 1 del artículo 37 de la Resolución número 108 de 3 de julio de 1997, proferida por la CREG. Circunstancia que impone decretar su suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala Unitaria,

RESUELVE

DECRETAR la suspensión provisional suspensión provisional del aparte que indica “*los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato*” del párrafo 1 del artículo 37 de la Resolución número 108 de 3 de julio de 1997, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, de acuerdo con lo enunciado en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado