

**INCENTIVO ECONOMICO – No se causa por la simple presentación de la demanda, es necesario que el actor cumpla con cierta diligencia /
INCENTIVO – Conductas que permiten inferir la diligencia del actor popular**

La Jurisprudencia de la Sección Primera de esta Corporación ha sido reiterativa en precisar que el incentivo económico de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, no se causa por el simple hecho de presentar la demanda en ejercicio de la acción popular e indicar los derechos colectivos presuntamente vulnerados, sino que es menester que el actor cumpla con la carga de diligencia que le permita al juez llegar al pleno convencimiento de la necesidad de protegerlos. Algunas de las conductas del actor popular que permiten inferir la diligencia del mismo para obtener la protección de los derechos colectivos vulnerados son, entre otras, la publicación del aviso para enterar a la comunidad de la existencia del proceso de acción popular, aportar pruebas que le permitan al juez establecer la violación que se alega, asistir a la audiencia de pacto de cumplimiento, proponer soluciones o presentar alegatos de conclusión, todo lo cual se analiza en conjunto.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la causación del incentivo económico, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 1º de julio de 2004, Rad. 01768 (AP), C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

INCENTIVO – No puede ser inferior a diez salarios mínimos

La Sala ha considerado que la cuantía de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, es suficiente y ajustada a la ley, por encontrarse dentro de los mínimos y máximos previstos en la norma para el otorgamiento del citado reconocimiento económico. Sin embargo, el valor de \$3'580.000 que dispuso el Tribunal en el fallo impugnado no corresponde a diez (10) salarios mínimos legales vigentes a la fecha en que se profirió la sentencia de primera instancia, habida cuenta que el valor del salario mínimo legal mensual a octubre de 2005 era de trescientos ochenta y un mil quinientos pesos (\$381.500.00) que, multiplicados por diez, corresponde a tres millones ochocientos quince mil pesos (\$3'815.000.00). Lo anterior quiere decir, que el incentivo reconocido por el Tribunal es inferior al mínimo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, lo cual conduce a modificar la sentencia recurrida en el sentido de ajustarlo, al equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha en que se produce el presente fallo en aras de garantizar el poder adquisitivo de tal reconocimiento económico.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 39

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente (E): MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 41001-23-31-000-2004-01175-01(AP)

Actor: NINI LOSADA TRUJILLO

Demandado: ELECTRIFICADORA DEL HUILA E.S.P. S.A.

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 7 de octubre de 2005, mediante la cual amparó el derecho colectivo a la protección de consumidores y usuarios.

I.- ANTECEDENTES

La señora **Nini Losada Trujillo** y el señor **Jorge Eliécer Acosta Alvarez**, presentaron sendas demandas en ejercicio de la acción popular contra la **ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P**, por considerar que vulneró el derecho colectivo a la protección a los consumidores y usuarios.

HECHOS

1) Demanda formulada por la señora Nini Losada Trujillo, proceso N° 200401175:

Señaló que el 6 de septiembre del 2004, se dirigió a las oficinas de la Electrificadora del Huila para pagar dos recibos del servicio de energía eléctrica, que se habían vencido el día 3 de septiembre con fecha de suspensión a partir del 4 de septiembre del mismo año.

Explicó que a pesar de que en dichos recibos de energía se encontraba estipulado que la suspensión del servicio se haría el día 4 de septiembre de 2004, presumió que los funcionarios encargados de efectuar el corte del servicio no trabajaban en esa fecha por no ser un día hábil.

Manifestó que la Electrificadora del Huila no le recibió el pago de su factura porque debía esperar a que le suspendieran el servicio de energía, para proceder al pago tanto de la factura como de la correspondiente reconexión, por el valor de \$ 17.000.

Dijo que presentó una reclamación pero le fue reiterada la información anterior.

Añadió que los valores de las facturas a cancelar eran de \$128.000 y \$64.000, por lo cual concluye que desde la primera de ellas ya estaba cobrada la reconexión por \$17.000.

Indicó que la conducta de la Electrificadora del Huila es violatoria de la Constitución Política y de la Ley, por cuanto va en detrimento del factor económico de todos los consumidores y usuarios del servicio de energía en el Departamento del Huila.

Solicitó se tomen las medidas necesarias para frenar los abusos cometidos por la Electrificadora del Huila con ocasión de la reconexión del servicio de energía.

Pidió se le ordene a la demandada recibir el pago de dicho servicio público, en un término de 15 días siguientes al vencimiento de las facturas y frenar la conducta consistente en negarse a recibir dicho pago a partir del día siguiente al vencimiento de la misma y esperar a que se suspenda el servicio de energía.

Solicitó se comuniquen las decisiones adoptadas a la Superintendencia de Servicios Públicos, a la Oficina del Boletín del Consumidor y a todos los usuarios del servicio de energía eléctrica del Departamento del Huila.

2) Demanda formulada por el señor Jorge Eliécer Acosta Alvarez, proceso N° 2004001225:

Manifestó que la Electrificadora del Huila es la entidad encargada de prestar el servicio público domiciliario de energía eléctrica en dicho departamento.

Adujo que la Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 689 de 2001, permite de manera clara que la empresa suspenda el servicio a los usuarios por falta de pago de las facturas en los eventos que determine el contrato de condiciones uniformes, sin que exceda en todo caso de dos (2) periodos de facturación.

Arguyó que de manera reiterada la Electrificadora del Huila S.A E.S.P. les ha exigido a sus usuarios que en los casos de pago posterior al vencimiento de la

factura, deben esperar a que se produzca la suspensión material del servicio y así cobrar la correspondiente reconexión.

Alegó que el actuar de la Electrificadora del Huila configura una presunción de abuso de la posición dominante según lo consagrado en el artículo 133.26 de la Ley 142 de 1994.

Aclaró que la presente acción popular no pretende incentivar una cultura del no pago de las facturas de los servicios públicos domiciliarios, sino que trata de demostrar que la actuación de la empresa demandada no tiene soporte jurídico.

Señaló que la circunstancia descrita agrava injustificadamente la situación de los usuarios porque si bien es cierto que la falta de pago oportuno del servicio es causa para que el mismo se suspenda, también lo es que ello no debe dar lugar a que se cobre la reconexión si el usuario está dispuesto a cancelar antes de que ocurra la suspensión.

Explicó que la demandada les impone a sus usuarios una carga que la ley no establece, pues los obliga a cancelar un valor de reconexión que muchas veces equivale al 50% del valor de la factura.

Argumentó que las normas que regulan la mora en el pago de obligaciones en materia comercial se aplican por remisión convencional a las facturas de servicios públicos, razón por la cual no es aceptable que la demandada establezca condiciones para el cobro de la reconexión del servicio, cuando hay capacidad de pago por parte del usuario antes de la suspensión material del mismo.

Agregó que el usuario tiene el legítimo derecho a que no se le cobre la reconexión si ello no es resultado de la suspensión efectiva del servicio y a que no se le cobren servicios no prestados (Artículo 33 y 39 del Decreto 1842 de 1991 y el artículo 148 de la Ley 142 de 1994).

Solicitó que se le ordene a la Electrificadota del Huila permitirle a los usuarios cancelar las facturas que se encuentren en mora de pago, sin que se tenga que efectuar previamente la suspensión del servicio de energía.

Pidió que la Electrificadora establezca un procedimiento administrativo contingente, de aplicación inmediata, mientras se crea uno definitivo para que se facilite el pago por parte de los consumidores de las facturas vencidas que originan la suspensión del servicio, sin costo económico para ellos.

Requirió que la Electrificadora del Huila pague el incentivo económico de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, en la cuantía que estime el Tribunal Administrativo.

II.- DEFENSA

LA ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A E.S.P. por conducto de apoderado, contestó la demanda en los siguientes términos:

Alegó que es una empresa que se ha caracterizado por el cabal cumplimiento de la regulación que rige las relaciones con sus usuarios, en desarrollo del servicio de distribución y comercialización de la energía eléctrica.

Manifestó que la Electrificadora remite a sus clientes la factura cambiaria de compraventa del servicio de energía, al menos con 5 días hábiles de anticipación para que sea cancelada y que si esta situación no se presenta, la Empresa se encuentra facultada por la ley y el contrato de condiciones uniformes para proceder a la suspensión del servicio, como lo consagra el artículo 140 de la Ley 142 de 1994 y el Contrato de Servicios Públicos Domiciliarios en la Cláusula Octava No. 13.

Explicó que dada la realidad económica que vive el país se ha abstenido hasta el momento de realizar suspensiones, pese a que ello le está permitido una vez el usuario entre en mora en el primer periodo. Agregó que la política de la Electrificadora ha sido la de realizar dichas suspensiones cuando se ha generado la mora por más de dos periodos, lo cual se presenta en este caso.

Agregó que ante el segundo periodo de mora, la Empresa repite el procedimiento anterior y se da un plazo de 3 días más, para pagar la factura vencida en un único punto de recaudo ubicado en una sede del Banco de Occidente, luego de lo cual

la Empresa genera el listado de morosos para que el contratista externo proceda a la suspensión del servicio, como aconteció en este caso.

Dijo que cuando la empresa recibe el pago extemporáneamente no es fácil solicitarle al contratista la no suspensión del servicio, pues esta labor requiere de una complejidad técnica, además de que no se pueden aceptar pagos cuando el cliente a bien lo tenga.

Concluyó que no es su finalidad desconocer los derechos y agravar la situación económica de los usuarios sino que resulta inconcebible que después de estar en mora en dos periodos, no se pague oportunamente el servicio.

III.- SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante la sentencia del 7 de octubre de 2005, el Tribunal Administrativo del Huila amparó el derecho colectivo de los consumidores y usuarios y le ordenó a la Electrificadota del Huila S.A. E.S.P. que en el término de un (1) mes siguiente a la notificación de la sentencia, disponga lo necesario para que las entidades bancarias y demás puntos autorizados para recibir el pago de las facturas del servicio público de energía eléctrica, lo hagan *“sin importar si está o no suspendido el servicio”*. Y fijó el incentivo en la suma de tres millones quinientos ochenta mil pesos (\$3'580.000) a cargo de la demandada.

Señaló que de conformidad con el artículo 19 de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 140 de la Ley 142 de 1994 y el numeral 6° de la Cláusula Décima Octava del Contrato de Condiciones Uniformes, la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. está facultada para suspender el servicio de energía eléctrica por el no pago de dos facturas y cobrar al usuario o suscriptor los costos de reconexión y reinstalación.

Sostuvo que dicha facultad no autoriza a la empresa prestadora de servicios públicos para negarse a recibir el pago so pretexto de tener que esperar a que se suspenda el servicio, pues ello constituye un abuso de la posición dominante en los términos del artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con los artículos 133.3 y 133.23 de la misma ley.

Concluyó que no le asiste razón a la empresa demanda cuando aduce razones técnicas o de organización para impedirle a los usuarios el pago de las facturas vencidas.

IV.- IMPUGNACIÓN

Uno de los demandantes interpuso el recurso de apelación contra la anterior decisión por considerar que el incentivo de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 fue concebido para compensar en cierta medida, el desgaste de tiempo y actividad procesal desplegada por los ciudadanos que defienden judicialmente el bienestar de la comunidad. Al respecto transcribió apartes de la sentencia C-459 del 11 de mayo de 2004 de la Corte Constitucional.

Estimó que en el presente asunto el Tribunal no prestó atención especial al incentivo económico, a la luz de los siguientes aspectos:

- Que el valor de los salarios mínimos legales mensuales vigentes debe corresponder a la fecha en que se profiere el fallo.
- Que los beneficiados con la sentencia son los más de 250.000 suscriptores del servicio de energía eléctrica en el Departamento del Huila.
- Que la situación de vulneración vista en este asunto también se presenta en el Departamento del Caquetá.
- Que el fallo sienta una interesante base conceptual frente a la teoría planteada por la parte demandante y constituye un precedente jurisprudencial sobre el derecho que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para suspender el servicio.

Solicitó en consecuencia, modificar el valor del incentivo y concederlo en la suma de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de proferirse la decisión.

V.- CONSIDERACIONES

La Acción Popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten

amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio o un daño contingente por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando actúen en desarrollo de funciones administrativas. Dicha acción busca que la comunidad afectada pueda disponer de un mecanismo jurídico de forma rápida y sencilla para la protección de sus derechos.

En el caso concreto, se presentaron dos demandas en ejercicio de la acción popular con ocasión de los mismos hechos, una por la señora Nini Losada Trujillo y la otra por el señor Jorge Eliécer Acosta Álvarez.

Los procesos fueron acumulados mediante auto del 31 de mayo de 2005, visible a folios 64 a 66 del cuaderno principal y culminaron con la sentencia del 7 de octubre del mismo año, que declaró vulnerado el derecho colectivo a la protección de los consumidores y usuarios en la que se ordenó a la Electrificadota del Huila S.A. E.S.P disponer lo necesario para que las entidades bancarias y demás puntos autorizados para recibir el pago de las facturas del servicio público de energía eléctrica, lo hagan *“sin importar si está o no suspendido el servicio”*. Y fijó el incentivo en la suma de tres millones quinientos ochenta mil pesos (\$3'580.000) a cargo de la demandada.

Sólo impugnó la decisión anterior uno de los demandantes, el señor Jorge Eliécer Acosta Álvarez, razón por la cual lo que se decida en esta oportunidad aprovechará únicamente al recurrente.

La Jurisprudencia de la Sección Primera de esta Corporación ha sido reiterativa en precisar que el incentivo económico de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, no se causa por el simple hecho de presentar la demanda en ejercicio de la acción popular e indicar los derechos colectivos presuntamente vulnerados, sino que es menester que el actor cumpla con la carga de diligencia que le permita al juez llegar al pleno convencimiento de la necesidad de protegerlos.

Ha dicho la Sala:

“En tratándose de acciones populares no basta con promoverlas indicando los derechos colectivos transgredidos, sino que al juez se le deben suministrar elementos de juicio que le permitan establecer la vulneración alegada, lo que supone una labor diligente del demandante, que en caso de que prosperen las pretensiones, es lo que permite

reconocerle el incentivo previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

Por el contrario, cuando como en este caso, se muestra negligencia en el trámite del proceso, pues los actores no comparecieron a la audiencia de pacto de cumplimiento, no dieron cumplimiento al artículo 21 de la Ley 472 de 1998, relativo a suministrar los gastos necesarios para la publicación del aviso a los interesados, ni alegaron de conclusión, tal inactividad es demostrativa de la carencia de razonabilidad para impetrar la acción.”¹

Es decir que algunas de las conductas del actor popular que permiten inferir la diligencia del mismo para obtener la protección de los derechos colectivos vulnerados son, entre otras, la publicación del aviso para enterar a la comunidad de la existencia del proceso de acción popular, aportar pruebas que le permitan al juez establecer la violación que se alega, asistir a la audiencia de pacto de cumplimiento, proponer soluciones o presentar alegatos de conclusión, todo lo cual se analiza en conjunto.

En el presente asunto se encuentra demostrado a folios 3 a 6 del cuaderno número 2, que el recurrente interpuso la demanda el día 24 de septiembre de 2004 y que en ésta solicitó pruebas documentales y testimoniales.

A folios 18 a 20 consta que el actor popular aportó la constancia de la publicación ordenada en el auto admisorio de la demanda para informar a la comunidad.

A folios 53 a 55 obra el auto del 30 de marzo de 2005, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Huila abrió a pruebas el proceso y decretó algunas de las solicitadas por el actor.

A folios 51 a 52 del cuaderno 2, obra el acta de una segunda audiencia de pacto de cumplimiento a la cual asistió el recurrente, señor Jorge Eliécer Acosta Álvarez. El pacto se declaró fallido habida cuenta que la parte demandada manifestó que no tiene los medios para asumir los costos de un procedimiento encaminado a que los usuarios puedan pagar su factura antes de realizarse el corte del servicio.

Las pruebas indicadas demuestran la diligencia debida del actor popular, en aras de obtener la protección de los intereses colectivos invocados en la demanda, lo

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 1 de julio de 2004, dictada en el expediente No. 01768 AP, M.P, Doctor GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

cual explica que el Tribunal haya concedido el incentivo de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

Ahora bien, en casos similares, la Sala ha considerado que la cuantía de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, es suficiente y ajustada a la ley, por encontrarse dentro de los mínimos y máximos previstos en la norma para el otorgamiento del citado reconocimiento económico.

Sin embargo, el valor de **\$3'580.000** que dispuso el Tribunal en el fallo impugnado no corresponde a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha en que se profirió la sentencia de primera instancia, habida cuenta que el valor del salario mínimo legal mensual a octubre de 2005 era de trescientos ochenta y un mil quinientos pesos (\$381.500.00) que, multiplicados por diez, corresponde a tres millones ochocientos quince mil pesos (**\$3'815.000.00**).

Lo anterior quiere decir, que el incentivo reconocido por el Tribunal es inferior al mínimo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, lo cual conduce a modificar la sentencia recurrida en el sentido de ajustarlo, al equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha en que se produce el presente fallo en aras de garantizar el poder adquisitivo de tal reconocimiento económico.

Adicionalmente se aclara que, dado que lo decidido en esta oportunidad sólo beneficia al recurrente, la diferencia entre el valor del incentivo reconocido por el Tribunal y el ajuste del mismo hecho por esta Sala, sólo se le pagará a quien impugnó la sentencia de primera instancia, señor Jorge Eliécer Acosta Álvarez, debidamente actualizada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE el numeral tercero de la sentencia recurrida, el cual quedará así:

CONCÉDESE a favor de los demandantes el pago de un incentivo en cuantía de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del presente fallo, a cargo de la Electrificadora del Huila S.A. E.S.P. **ACLÁRASE** que la diferencia entre el valor reconocido por el Tribunal y el ajuste del mismo hecho por esta Sala, sólo se le pagará a quien impugnó la sentencia de primera instancia, señor Jorge Eliécer Acosta Álvarez.

SEGUNDO: Comuníquese esta decisión a las partes y envíese el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Sección Primera, en sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

