

Honorables Magistrados:  
**CONSEJO DE ESTADO**  
E. S. D.

1

<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>NULIDAD.</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA.
<b>DEMANDADOS:</b>	COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA- NACIÓN.

**ASUNTO:** DEMANDA.

**JAIME PUMAREJO HEINS**, mayor de edad, vecino de la ciudad de Barranquilla, identificado con la cédula de ciudadanía No. 72.257.343 de Barranquilla, en calidad de alcalde del **DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA**, acudo a su Despacho para instaurar demanda, a través del medio de control de nulidad, en contra de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA- NACIÓN**, con fundamento en los siguientes:

### 1. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:

**Demandante:** **DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA**, entidad del orden distrital, representada por el señor alcalde **JAIME PUMAREJO HEINS**.

**Demandados:** **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**, entidad del orden nacional, adscrita al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.

**MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**, representado legalmente por el ministro de Minas y Energía, **DIEGO MESA PUYO**.

### 2. PRETENSIONES:

- Declárese la nulidad de la Resolución 010 del 30 de enero de 2020 proferida por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**.
- Declárese la nulidad de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 proferida por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**.

### **3. COMPETENCIA:**

La competencia para dirimir el presente proceso le corresponde al Honorable Consejo de Estado en única instancia, en virtud del numeral 1 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, norma que se encuentra vigente, toda vez que, conforme al artículo 86 de la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada dicha ley. El mencionado numeral 1 del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 establece:

**“Art. 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:**

**1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.”** (negritas y subrayas nuestras).

Con fundamento en lo anterior, es competente, en única instancia, con fundamento en el numeral 1 del artículo 149 del CPACA, el Honorable Consejo de Estado para dirimir el presente proceso.

### **4. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA:**

Esta demanda se presenta dentro de la oportunidad legal, de conformidad con el literal A del numeral 1 del artículo 164 del CPACA, que indica:

*“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:*

*1. En cualquier tiempo, cuando:*

*a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código (...).”*

## **5. HECHOS:**

**PRIMERO:** En desarrollo del artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** estableció el régimen transitorio especial en materia tarifaria para la Región Caribe, a través de la Resolución 010 del 30 de enero de 2020.

**SEGUNDO:** Mediante Resolución 024 del 26 de marzo de 2021, la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** aprobó las variables necesarias para calcular los ingresos y cargos asociados con la actividad de distribución de energía eléctrica para el mercado de comercialización atendido por AIR-E S.A.S. E.S.P.

**TERCERO:** El Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1955 de 2019, en su artículo 318, autorizó al Gobierno Nacional para que estableciera un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica en el mercado que, en su fecha de expedición, atendía la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.

Lo anterior no es una posición subjetiva de esta parte actora, sino que se encuentra en el párrafo tercero de los considerandos de la Resolución 024 del 26 de marzo de 2021. Es decir, esta es la interpretación que la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** le da a este articulado, bajo el entendido de que dicha autorización se circunscribe únicamente a las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica en el mercado.

Con base en dicha autorización consagrada en el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, se expidió el Decreto 1645 de septiembre 10 de 2019 de la

**PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**, por el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, respecto de la adopción de un régimen transitorio especial para asegurar la sostenibilidad de la prestación eficiente del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la Costa Caribe.

**CUARTO:** La empresa AIR-E S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado CREG E-2021-004189, presentó recurso de reposición contra la resolución CREG 024 de 2021, manifestando que las razones de inconformidad en que se fundamenta dicho recurso se enmarcan en la necesidad de modificar las variables para calcular los ingresos y cargos asociados con la actividad de distribución de energía eléctrica para el mercado de comercialización atendido por AIR-E S.A.S. E.S.P..

**QUINTO:** A través de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021, la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** resuelve el recurso de reposición interpuesto por AIR-E S.A.S E.S.P. contra la Resolución CREG 024 de 2021.

**SEXTO:** Mientras que la Resolución 010 del 30 de enero de 2020 autoriza y permite realizar un cobro retroactivo por pérdida reconocida de energía a los usuarios del servicio de energía eléctrica en la Costa Caribe, la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 le otorga facultades a AIR-E S.A.S E.S.P. para que realice dicho cobro retroactivo por emolumentos de años anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la resolución y que no se habían cobrado ni facturado antes.

**SÉPTIMO:** Lo anterior fue reconocido y aceptado por la misma AIR-E S.A.S E.S.P., manifestando que sus actuaciones se encuentran en el marco de la legalidad porque se amparan en un acto administrativo proferido por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**. Al respecto, el gerente de AIR-E S.A.S E.S.P., JOHN JAIRO TORO, reiteró que se estaba efectuando este cobro retroactivo en una entrevista periodística<sup>1</sup> que se le hizo:

““No es un tema inventado por nosotros”: Air-e

El gerente de Air-e, John Jairo Toro, se refirió este martes a las quejas por el cobro de retroactivo por pérdida de energía y

<sup>1</sup> Noticia del martes 05 de octubre de 2021 publicada en el portal de noticias web ZONA CERO:  
<https://zonacero.com/generales/si-alguien-se-esta-robando-la-energia-que-los-jueces-emitan-sancion-ejemplar-comerciantes>

dijo que "para lograr avanzar, mejorar y transformar la calidad en el servicio necesitamos avanzar en combatir el problema de hurto entre todos".

Toro indicó que "nosotros no estamos cobrando la energía; **estamos cobrando dentro de la fórmula tarifaria un componente de Pérdida Reconocida**, donde nosotros llegamos a una región con un nivel de hurto del 35% frente a un promedio nacional por debajo del 17".

Dijo que en "enero de 2020, mucho antes de la llegada nuestra, la resolución 011 fijaba el esquema de tarifas que se iba a aplicar para los mercados de la costa, en ese momento se definieron las reglas de juego y se decía que en el momento que se presentaba el pliego tarifario se tenía el derecho a cobrar esos cargos en el componente de PR - (Pérdidas o Retroactivos de Pérdidas)".

"No es un tema inventado por nosotros, es un tema que se había establecido desde la regulación, conocido por las autoridades, eran las reglas de juego que se establecieron para la llegada de los operadores", indicó Toro.

Y agregó: "**Nosotros lo que estamos haciendo es aplicando lo que la resolución nos aprobó en junio de este año**".  
(negritas y subrayas nuestras)

Es decir, lo que sostiene AIR-E S.A.S E.S.P. es que la empresa está amparando su actuar con base en la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**. Dicho acto administrativo permitió incluir dentro de su fórmula tarifaria un componente de pérdida reconocida que le permite facturar y cobrar a los usuarios la energía robada que otras personas se robaron.

**OCTAVO:** Es importante resaltar que la Resolución 078 es del 24 de junio de 2021, pero el cobro que esta permite es de la pérdida reconocida desde antes de su entrada en vigencia; inclusive, de épocas en la que AIR-E S.A.S E.S.P. aún no funcionaba como distribuidora y comercializadora de energía en la Costa Caribe, lo que significa que AIR-E S.A.S E.S.P. está cobrando a los usuarios pérdidas que la empresa nunca tuvo, sino que las tuvo la antigua

ELECTRICARIBE, teniendo en cuenta que AIR-E S.A.S E.S.P. entró a funcionar el 01 de octubre de 2020<sup>2</sup>. Todo esto amparado en la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**.

**NOVENO:** El cobro retroactivo que permite hacer la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 es, en todos los sentidos, contrario al ordenamiento jurídico colombiano, por las siguientes razones:

- La Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** viola una disposición especial superior como lo es el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, conocida como Ley de Servicios Públicos, que establece que, 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.
- La Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** viola el principio de no retroactividad de la ley y de los actos administrativos, toda vez que permite a AIR-E S.A.S E.S.P. realizar un cobro de emolumentos no facturados antes de la entrada en vigencia del acto administrativo que los permite cobrar.
- Además, de cobrar emolumentos no facturados de antes de su entrada en vigencia, la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** está cobrando emolumentos respecto a los cuales los usuarios nunca se beneficiaron, toda vez que está cobrando pérdidas de energías que otras personas robaron. En términos sencillos, otras personas se robaron la energía, pero la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** permite que AIR-E S.A.S E.S.P. le cobre esta pérdida no a quienes la robaron, sino a los usuarios que sí pagan las facturas y que nunca han robado energía.
- AIR-E S.A.S E.S.P. empezó a trabajar como distribuidora y comercializadora de energía en la Costa Caribe apenas el 01 de octubre de 2020, pero la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** le permite cobrar y facturar pérdidas de energía de antes, es decir, le permite cobrar pérdidas que nunca tuvo, puesto que son de antes del 01 de octubre de 2020. Esto significa que la resolución 078 de 2021 le permite a AIR-E S.A.S E.S.P. realizar cobros retroactivos que ELECTRICARIBE no facturó y que vienen de la época en la que

<sup>2</sup> <https://www.elheraldo.co/atlantico/llego-la-hora-cero-para-los-nuevos-operadores-762557>

funcionaba ELECTRICARIBE como distribuidora y comercializadora de energía, y no AIR-E S.A.S E.S.P.

7

**DÉCIMO:** Sobre la retroactividad de la ley y de los actos administrativos, en concepto del 25 de febrero de 1975, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expuso que todo acto administrativo, como las leyes, tienen como característica esencial el carácter irretroactivo, es decir, que los efectos jurídico-materiales que producen, por regla general son ex nunc (hacia el futuro) a efectos de preservar la confianza, la seguridad y la certidumbre de las personas en el orden jurídico vigente.

Asimismo, en Sentencia SU- 309 del 2019, la Corte Constitucional expuso que la excepcional aplicación retroactiva de una norma sólo puede tener lugar por expresa disposición del legislador, en tanto productor de la norma, por lo que no puede una autoridad expedir normativas con aplicación retroactiva.

**DÉCIMO PRIMERO:** Adicionalmente a lo anterior, la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** permite un incremento tarifario a los usuarios de energía con base en el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019. No obstante, al revisar esta norma y la interpretación que la propia **CREG** le da (ver hecho segundo de este escrito de demanda), notamos que el artículo 318 autoriza el incremento solo para las actividades de comercialización y distribución, pero en la fórmula del incremento tarifario se permite AIR-E S.A.S E.S.P. realizar el incremento tarifario sobre la tarifa plena, incluyendo el componente de PERDIDAS RECONOCIDAS (componente que en la fórmula tarifaria es diferente a comercialización y distribución), contrariando lo establecido en el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019 o Plan Nacional de Desarrollo.

Con base en esto, claramente hay una violación por parte de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** de una norma superior, como lo es el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, debido a que este solo autoriza un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica, pero en la fórmula del incremento tarifario de la Resolución 078 de 2021 de la **CREG** se incluye también el componente de PERDIDAS RECONOCIDAS de energía, cuando este no está autorizado por la Ley 1955 de 2019, a lo que se suma que AIR-E S.A.S E.S.P. solo distribuye y comercializa energía, pero no la genera.

Para mayor claridad, la fórmula tarifaria se compone de la siguiente manera:



**DÉCIMO SEGUNDO:** La Resolución 078 del 24 de junio de 2021 fue proferida en el marco de una crisis económica global del comercio, las industrias y los hogares en general, debido a la pandemia causada por el COVID-19, hecho que es notorio. Por lo tanto, resulta económicamente inviable para todos los grandes y pequeños usuarios de AIR-E S.A.S E.S.P. que en plena reactivación económica se autoricen estos incrementos tarifarios y cobros retroactivos que, como se expuso, son abiertamente contrarios al ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, el alto costo de las facturas mensuales de AIR-E S.A.S E.S.P. desincentivará la inversión económica y empresarial en la región Caribe, a lo que se suma que muchas grandes empresas que generan miles de empleos a nivel regional ya pretenden irse del Caribe por los altos costos que implica la puesta en práctica de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021.

**DÉCIMO TERCERO:** Con respecto a la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**, distintos sectores de la sociedad se han pronunciado manifestando su inconformidad, la cual no solo tiene sustento económico, sino también jurídico.

Por ejemplo, en boletín de prensa del 09 de agosto de 2021, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS- ACOPI<sup>3</sup>, expuso lo siguiente:

*“Barranquilla, agosto 09 de 2021*

*BOLETÍN DE PRENSA*

*TARIFAS Y APROBACIÓN POR AIR-E E.S.P. SEGÚN RESOLUCIONES 024 Y 078 DE 2021 - Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG*

*Desde ACOPI, vemos con preocupación el incremento tarifario que realizará la empresa Air-e E.S.P. – S.A. desde el mes de septiembre de 2021. Aumento que golpeará las finanzas del segmento empresarial más importante del país, impactando la reactivación económica en la Región Caribe y la estructura de costos de sus productos.*

*Lo anterior, teniendo en cuenta los resultados reflejados en nuestra Encuesta de Desempeño Empresarial del primer trimestre del 2021 en donde, el 60% de los empresarios del segmento consultados respecto al nivel liquidez manifestaron que destinan el 61% de sus ingresos al pago de deuda.*

*A lo anterior debemos sumarle, la alta desigualdad regional existente en el país, lo que se ve reflejado en el nivel de ingresos de un habitante de la ciudad de Bogotá el cual es cuatro veces mayores que un habitante de la costa atlántica.*

*Air-e justifica el incremento, por las inversiones realizadas para el mantenimiento y la buena prestación del servicio, así como las pérdidas por robo de energía; pérdidas, que son reconocidas y pagadas por los usuarios al cancelar la factura.*

***De acuerdo a lo anterior, la nueva tarifa tendrá un incremento del 9.8% para el sector residencial, pasando de***

<sup>3</sup> <https://www.acopi.org.co/tarifas-y-aprobacion-por-air-e-e-s-p/>



**570 pesos KW/h a 626 pesos KW/h, pero que en la práctica el aumento real es del 9.83% y un 5% para el sector empresarial a partir de septiembre 2021. Incremento que jurídicamente está basado en las resoluciones 024 y 078 de 2021 de la CREG, con base en el artículo 318 que establece un régimen transitorio para asegurar la sostenibilidad de la prestación eficiente del servicio y, por el cual, se autoriza un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización del mercado de Electricaribe, incremento tarifario que debe reflejar como mínimo las inversiones, metas de calidad y reducción de pérdidas. Si bien es cierto, el incremento se encuentra autorizado al analizar las resoluciones de la CREG y el incremento realizado por Air-e, se observa que el artículo 318 autoriza el incremento solo para las actividades de comercialización y distribución. Air-e, en la fórmula del incremento tarifario lo hace sobre la TARIFA PLENA incluyendo el componente de GENERACIÓN contrariando lo establecido en el artículo de la Ley 1955 de 2019 del Plan Nacional de Desarrollo.**

**Igualmente, es importante señalar que, de acuerdo al citado artículo, el incremento debe reflejar las inversiones realizadas, cumplimiento de metas de calidad y reducción de pérdidas, aspecto sobre los cuales no se tiene conocimiento, debido a que Air-e no las ha dado a conocer y después de aproximadamente un año de operación del servicio este continúa presentado fallas y deficiencias en la calidad.**

Por lo que, desde ACOPI, se solicitará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios requiera a Air-e, para que entregue las cifras de los indicadores tratados en el artículo 318 de la ley mencionada anteriormente, que son las que permiten el incremento.

**Igualmente solicitaremos a la CREG, la revisión de la resolución 024 y 078 de 2021 por exceder las facultades contempladas en el pluricitado articulado 318, al exceder**



**las facultades para autorizar el incremento tarifario por que los componentes en tener en cuenta son distribución y comercialización.** (negritas y subrayas nuestras)

Por su parte, el portal web de noticias y radio EMISORA ATLÁNTICO<sup>4</sup> expuso en noticia del mes de octubre de 2021 que:

**“Se debe revisar cobro retroactivo por pérdida de energía, CREG se excedió con esta autorización: Plata**

Por Redacción Emisora Atlántico

El ex presidente del Comité Intergremial del Atlántico, Ricardo Plata, es partidario **que se revise el cobro retroactivo que Air-e viene realizando a las empresas por pérdida de energía.**

**Consideró que la CREG se excedió en esta autorización** por lo que propuso “la realización de reuniones de alto nivel para revisar este cobro”.

Ricardo Plata señaló que en la Costa Atlántica el consumo de energía es alto y a la facturación se le adiciona cobros por la sobretasa de seguridad ciudadana y alumbrado público que golpean a la ciudadanía.” (negritas y subrayas nuestras)

Además, en noticia del 05 de octubre de 2021 del portal ZONA CERO<sup>5</sup> se expuso:

**“Empresarios y comerciantes se mostraron en desacuerdo con el cobro del retroactivo por pérdida de energía por parte de Air-e, debido a que la Creg autorizó por resolución el cobro, situación que es vista como una arbitrariedad.**

“Si alguien se está robando la energía, allí están los jueces para que emitan una sanción ejemplar”, dijo el presidente de Undeco, Orlando Jiménez.

<sup>4</sup> <https://emisoraatlantico.com.co/economia/se-debe-revisar-cobro-retroactivo-por-perdida-de-energia-creg-se-excedio-con-esta-autorizacion-plata/>

<sup>5</sup> <https://zonacero.com/generales/si-alguien-se-esta-robando-la-energia-que-los-jueces-emitan-sancion-ejemplar-comerciantes>

Recordó que hace unos 20 años las empresas de servicios públicos sancionaban por fraude, la Corte Constitucional los conminó porque no pueden ser jueces y partes. La Creg les dio la posibilidad de cobrar energía consumida dejada de facturar en lugar de establecer sanciones o multas, hace cuatro o cinco meses podrían cobrar porque el contador estaba en mal estado, porque había acometidas o porque había fraude, "hoy es un enredo", agregó.

**"Ahora el presidente de Air-e nos dice que la Creg le autorizó unos incrementos para cubrir unos gastos de pérdidas de un 35% y nos está diciendo directamente que quienes tenemos que pagar somos las personas que no nos robanos la energía, las personas honestas, honradas y puntuales"**, indicó el dirigente gremial.

**"Lo que se genera es una desmotivación y se desincentiva al sector productivo con unos cobros de facturas superexcesivas que son imposible pagarlas"**, manifestó.

Dijo que era hora de revisar las arandelas del recibo como el impuesto de alumbrado público y la tasa de convivencia y seguridad ciudadana, que superan a veces el 40%.

**Jiménez se refirió a que varios comerciantes afiliados con sus negocios cerrados, en la pandemia, y sin consumir un solo kilovatio de luz el recibo llegaba entre 140 y 180 mil pesos.**

Afiliados a Fenalco sobre el cobro

**"Eso no tiene presentación", dijo el presidente de Fenalco Atlántico sobre el cobro retroactivo por pérdida de energía por parte de Air-e.**

**"Compartimos el concepto de Joseph Daccarrett, creemos que es incoherente cobrar algo que no han hecho bien que es el control al robo de energía", dijo.**

**Dijo que "Air-e se está soportando en la Creg hay que iniciar el proceso no contra Air-e sino en el porqué la CREG está haciendo esa autorización".**

"No se debe aceptar, apuntó el dirigente gremial", puntualizó el dirigente gremial." (negritas y subrayas nuestras).

Por otra parte, el portal web de noticias y radio EMISORA ATLÁNTICO<sup>6</sup> expuso en noticia del mes de octubre de 2021 que:

**"Empresario denuncia millonaria facturación de Air-e por concepto de pérdida energía"**

Por Redacción Emisora Atlántico

**El empresario Joseph Daccarett denunció que la empresa Air-e le está cobrando de manera retroactiva 45 millones de pesos por concepto de pérdida de energía, servicio público que estaba a cargo de Electricaribe.**

**Precisó que Air-e asumió el manejo del servicio de energía el 1 de octubre del 2020 y la resolución que autoriza este cobro fue expedida en junio del 2021.**

**Daccarett advirtió que este cobro afecta a las empresas que se vienen recuperando económicamente frente a la pandemia por el Coronavirus.**

**El empresario manifestó que lo más grave es que le van a seguir cobrando por este concepto hasta el 2025 con una cuantía aproximada de 3 millones de pesos mensuales.**

**"Esta situación, que es terrible, nos obliga a cambiarnos de operador. Hemos recibido ofertas de tres empresas del interior del país", anotó Joseph Daccarett.** (negritas y subrayas nuestras).

<sup>6</sup> <https://emisoraatlantico.com.co/economia/empresario-denuncia-millonaria-facturacion-de-air-e-por-concepto-de-perdida-energia/>

Aunado a esto, en noticia del 11 de agosto de 2021, publicada por el reconocido periódico El Tiempo<sup>7</sup>, se estableció:

**"Alza en energía, golpe fuerte a la competitividad': gremios**

**El servicio residencial de energía eléctrica tendrá un incremento del 9 por ciento.**

**Los sectores productivos de Barranquilla piden a la Creg revertir la medida. Air-e explica el alza.**

**El aumento golpeará las finanzas del segmento empresarial más importante del país, impactando la reactivación económica en la región Caribe y la estructura de costos de sus productos".**

**La advertencia la hace Rosmery Quintero Castro, presidente nacional de Acopi, uno de los gremios que reaccionó fuertemente, al conocer la noticia del alza del servicio de energía eléctrica en Atlántico, Magdalena y La Guajira, zona que atiende la empresa Air-e.**

**La nueva tarifa, que se comenzará a cobrar entre agosto y septiembre, tendrá un alza del 9 por ciento para el sector residencial y el 5 por ciento para el empresarial.**

**Sin embargo, Quintero asegura que para el sector residencial se pasará de 570 pesos kilovatio hora a 626 pesos kilovatio hora, que en la práctica el aumento real es del 9,83 por ciento.**

**Este incremento fue autorizado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (Creg) con el propósito de asegurar la sostenibilidad de la prestación eficiente del servicio.**

La líder empresarial sostiene que Air-e justifica el incremento, por las inversiones realizadas para el mantenimiento y la buena prestación del servicio, así como las pérdidas por robo de energía; pérdidas, que asegura ella, son

<sup>7</sup> <https://www.eltiempo.com/colombia/barranquilla/gremios-en-barranquilla-rechazan-alza-en-servicio-de-energia-610025>

reconocidas y pagadas por los usuarios al cancelar la factura.

15

**“El incremento debe reflejar las inversiones realizadas, cumplimiento de metas de calidad y reducción de pérdidas, aspecto sobre los cuales no se tiene conocimiento, debido a que Air-e no las ha dado a conocer y después de aproximadamente un año de operación del servicio este continúa presentado fallas y deficiencias en la calidad”, dice Quintero al enfatizar al nivel bajo de liquidez de muchos empresarios costeños.**

**A su turno, el presidente ejecutivo Comité Intergremial del Atlántico, Efraín Cepeda Tarud, reconoció que el mercado de energía es altamente regulado y los operadores del servicio tienen que ceñirse a las directrices que estipula la Creg, como en el régimen tarifario.**

Cepeda explicó que el alza estaba establecida desde 2018 y hace parte del modelo de negocio que permitió la llegada del nuevo operador.

“El incremento en la tarifa no viene solo, viene con unos compromisos de inversión por parte de Air-e, debe invertir 2 billones de pesos en los próximos cinco años, que esperamos que se traduzcan en una mejora en la calidad del servicio. Otra de las obligaciones por parte del operador es lograr una reducción en las pérdidas que conlleve a una reducción en la tarifa”, señaló.

**Algunos empresarios no han dudado en señalar el alza de energía en Barranquilla es un fuerte golpe a la competitividad. Por eso no dudan en calificarlo de exagerado e inapropiado.**

**Es el caso de César Uparela, que calificó el aumento como un favor a la empresa Air-e; al tiempo que Joseph Daccarett enfatizó en que agravará las finanzas del sector.**

A este inconformismo y rechazo al alza en la tarifa se suma la Unión de Comerciantes del Atlántico (Undeco), cuyo

vicepresidente, Orlando Jiménez, recordó que al pago del incremento se deben sumar la contribución económica, la tasa de seguridad y el impuesto de alumbrado público.

**También está el rechazo de las organizaciones cívicas. La Liga Nacional de Servicios Públicos Domiciliarios en la Región Caribe exige revertirla, además, “que se realice una concertación nacional sobre el régimen tarifario del sector eléctrico que tiene una las tasas de retorno más altas del mundo”, señaló Norman Alarcón Rodas, coordinador de la Mesa de Usuarios del Atlántico.**

**El gerente general de Air-e, el ingeniero Jhon Jairo Toro, reiteró que ellos no definen las tarifas.**

Señaló que la factura tiene unos componentes importantes de otros servicios que Air-e no opera, como alumbrado público, vigilancia y en algunos casos aseo que no tienen que ver con la factura de energía como tal.

“La empresa Air-e hará uso de la llamada opción tarifaria para no afectar el bolsillo de los clientes y hacer unos incrementos graduales a lo largo del tiempo”, dijo Toro.

**Agregó que la variable que afecta el incremento del servicio es el hurto de energía.** Según Toro, este componente en el país está en el 17 por ciento en promedio y en el mercado de Air-e es del orden del 35 por ciento.

“En la medida que seamos conscientes y denunciemos el fraude de energía se logrará bajar el índice de hurto, y por ende bajará la tarifa”, puntualizó Toro.” (negritas y subrayas nuestras).

Asimismo, en entrevistas del 04 de octubre de 2021 con el reconocido periodista de la región Caribe, JORGE CURA AMAR, distintos empresarios del Departamento del Atlántico expusieron:

**“JORGE CURA AMAR: Desde la semana pasada están entregando unas facturas de AIR-E a las más importantes empresas de la ciudad. Es una especie de retroactivo por**



**energía no facturada de hace más de un año, buena parte de eso supuestamente facturado por ELECTRICARIBE. Es un cobro retroactivo a usuarios no regulados de AIR-E, y esto ha puesto el grito en el cielo de mucha gente que están hablando con AIR-E para decirle que ellos no están en condiciones de pagar eso; además, es pérdida de energía dejada de facturar, o sea, AIR-E no solo va a facturar su servicio, sino que también está facturando servicios dejados de facturar por ELECTRICARIBE, y eso, de alguna manera, a molestado a muchos empresarios y vamos a buscar reacciones enseguida.** ¿Cómo es el tema con AIR-E que molesta tanto hoy a los empresarios de Barranquilla y de los departamentos de Atlántico, Magdalena y Guajira doctor Daccarett?

JOSEPH DACCARETT (empresario): Muy buenos días, Jorge, a la mesa y a los oyentes. Jorge, hace aproximadamente un mes algunos ingenieros de la compañía fueron invitados por AIR-E para socializar un proceso de las pérdidas de energía. En ese momento nos dijeron que esto iba a ser retroactivo, yo le hice a usted un pequeño comentario, pero quedó así. Con sorpresa este viernes recibo la visita de un funcionario de AIR-E, en la parte comercial, para explicarnos en detalle que es lo que nos van a cobrar. Para mi sorpresa encuentro que **lo que nos están cobrando es las pérdidas de energía, de acuerdo a una resolución de la CREG, que me sorprende porque la resolución es de junio del año 2021, y ellos me estaban diciendo que lo que nos van a cobrar es las pérdidas de energía desde junio de 2020, hace más de un año,** hasta el 30 de septiembre del 2021, y que en el caso particular de nuestra compañía, da una cifra aproximada, más o menos, de cuarenta y cinco millones de pesos que yo tendría que pagar.

**El primer análisis, Jorge, que yo hago es primero, nosotros somos una industria. Nosotros manufacturamos y llevamos contabilidad de costos donde la energía tiene un porcentaje sobre cada unidad producida. Ya esas unidades yo las vendí, ya las cobré. ¿Cómo ahora me van a salir, más de un**





**año después, a decirme que me tienen que cobrar una energía perdida? Primero, que yo no me la robé, yo no la usé, y me la van a cobrar. Segundo, me sorprende, que AIR-E tomó la antigua empresa el primero de octubre y ellos me están diciendo que me van a cobrar desde el 30 de junio; o sea, están cobrando perdidas de energía de una empresa que no era de ellos. Eso también a mí me parece inaudito.** Y, tercero, a mí también me están cobrando en el recibo actual más o menos un millón y medio de pesos por energía perdida y nos dijeron que la iban a subir un 5% daría un millón seiscientos. Pero la funcionaria lo que nos explicaba el viernes es que a partir de ahora hasta el año 2025 nos van a cobrar por pérdida de energía una suma cercana a los tres millones de pesos mensuales.

**Desde todo punto de vista, Jorge, esto es coger las industrias de la Costa, que vienen saliendo de una crisis muy profunda generada por la pandemia y darle con un martillo en la cabeza para terminar de acabarlas. Eso no es posible que esté sucediendo cuando estamos en plena recuperación de las empresas, en plena recuperación de la economía y en plena recuperación de los empleos (...)**

RICARDO PLATA (empresario): (...) **Se excedió la CREG en cobrar esos incrementos hacia el pasado, retroactivamente, eso es autorizar lo no autorizable, porque uno no puede, ni siquiera en la contabilidad de ninguna empresa están esos costos del año pasado. ¿Cómo le vamos a decir ahora a la DIAN?: mire que yo el año pasado no gané, sino que perdí, porque me están cobrando una factura que yo no sabía que existía del segundo semestre del año pasado (...).**" (negritas y subrayas nuestras).

Por otro lado, el 04 de agosto de 2021 se realizó una reunión entre directivos de la empresa AIR-E S.A.S E.S.P. y el Comité Intergremial del Atlántico, con el objetivo de hacer una Socialización de tarifas y aprobación de cargos, por



parte de la empresa AIR-E, de conformidad con la resolución CREG 078 de 2021. En dicha reunión se expuso<sup>8</sup>:

19

**“Las tarifas del servicio público domiciliario de energía eléctrica se determinan por el costo unitario de prestación del servicio de energía eléctrica (CU), es decir el costo por unidad de energía (kWh), que se encuentra en las facturas.**

**Este costo unitario es regulado por la CREG a través de la sumatoria de los siguientes componentes del servicio: La generación, el transporte, las pérdidas reconocidas, la distribución, las restricciones y la comercialización.**

**A raíz del recurso de reposición presentado por la empresa AIR-E S.A.S. E.S.P., la CREG expide la resolución 078 de 2021, la cual modifica la resolución CREG 024 de 2021, por medio de la cual se aprueban las variables necesarias para calcular los ingresos y cargos asociados con la actividad de distribución de energía eléctrica para el mercado de comercialización atendido por AIR-E S.A.S. E.S.P., en aplicación de la resolución CREG 015 de 2018 y el régimen transitorio especial en materia tarifaria definido en la resolución CREG 010 de 2020.**

**Mediante esta resolución 078, la CREG aprueba un alza de tarifas en el servicio de energía eléctrica prestado por AIR-E. Este incremento está directamente relacionado con el componente de pérdidas reconocidas, entre otros factores.**

**En adición a la resolución anterior, la resolución CREG 010 de 2020 reconoce las pérdidas reales de los mercados resultantes de la escisión de Electricaribe, a partir del mes siguiente al de la fecha del auto inicio de la actuación administrativa que expida la CREG en atención a la solicitud de aprobación de ingresos del operador de red. Lo anterior como requisito para que la empresa inicie sus laborales.**

**AIR-E realizó la solicitud de ingresos de distribución en mayo de 2020 y la comisión emitió el auto de inicio de la actuación**

<sup>8</sup> Informe de memoria socialización AIR-E Resolución CREG 078 DE 2021. 04 de agosto de 2021.

administrativa en junio de 2020. Con lo cual se reconocen las pérdidas reales de la empresa desde julio 2020 hasta junio 2021. La empresa inició como operador el 1ero de octubre de 2020.

Preguntas y compromisos de la reunión.

• Se pregunta por qué se inició un incremento tarifario del servicio de energía en el marco de una pandemia. AIR-E explica que el proceso de aprobación de cargos se inició desde marzo de 2019 cuando no se esperaba una pandemia. La CREG se demoró en emitir la resolución por las negociaciones con el Gobierno Nacional, que cerraron en marzo de 2020 para un posterior inicio de operación por parte de AIR-E en octubre de 2020. Además, la CREG estaba calculando cargos para otros 29 operadores de red.

• Se sugiere a AIR-E compartir la proyección de la aceleración en la mejora de los indicadores de la prestación de servicio que causaría el aumento de tarifas.

• Desde el Comité se entienden las razones técnicas del incremento tarifario, sin embargo, frente al contexto social y político que atraviesa la región, se sugiere a AIR-E evaluar la posibilidad de postergar el inicio de estos incrementos hasta un momento más oportuno. AIR-E explica que desde el interior de la empresa se está evaluando cuál es la mejor manera de trasladar dichos incrementos en el tiempo.”

(negrillas y subrayas nuestras).

Las anteriores citas de noticias, reuniones y entrevistas se aportan en este escrito de demanda para dar a conocer las implicaciones prácticas y el gran impacto social y económico que tiene la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** en la cotidianidad y la economía de la región. Asimismo, a pesar de que, al leer la resolución demandada, esta resulta bastante técnica, su expedición conlleva consecuencias económicas que afectan a todos los departamentos donde funciona AIR-E S.A.S E.S.P., empresa que reconoce que sus actuaciones en relación con los aumentos tarifarios y el cobro retroactivo se deben a la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG**.

**DÉCIMO CUARTO:** Siguiendo la lógica expuesta por AIR-E S.A.S E.S.P. y lo consignado en la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG**, de que el cobro retroactivo que se autoriza es por el componente de pérdidas reconocidas (técnicas y no técnicas) de energías, es decir, que el cobro retroactivo que se realiza tiene fundamento en recuperar las pérdidas de energías robadas en el pasado, y que estas energías no fueron robadas por los usuarios a los que se les está facturando el cobro retroactivo, entonces se puede concluir que dicho cobro hacia el pasado es un tributo.

El cobro retroactivo que autorizó la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** es un tributo porque tiene un hecho generador (ser usuario de AIR-E S.A.S E.S.P.), un sujeto activo, un sujeto pasivo, una base gravable y una tarifa, que son los elementos constitutivos del tributo. Esto quiere decir que la resolución demandada, bajo la excusa de la recuperación de energías robadas en el pasado, autoriza el cobro de tributos a los usuarios de AIR-E S.A.S E.S.P., autorización que es ilegal por las siguientes razones:

- La **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** es una entidad adscrita al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, por lo tanto, pertenece al poder ejecutivo. Por tal razón, no está autorizada para crear tributos, ya que en materia tributaria rige el principio de reserva legal, que establece que el CONGRESO DE LA REPÚBLICA es el único facultado para crear tributos y para autorizar a las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales o Municipales para establecer tributos.
- Conforme al inciso 2 del artículo 363 de la Constitución Política de 1991, se prohíbe expresamente la retroactividad en materia tributaria.

**DÉCIMO QUINTO:** La **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** no puede fundamentarse en las pérdidas reconocidas de energía para añadir un componente adicional y así justificar el aumento tarifario por medio de las resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021, toda vez que existe una expresa disposición legal (artículo 94 de la Ley 142 de 1994) que estipula que no se permitirán alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales porque la recuperación patrimonial deberá hacerse, exclusivamente, con nuevos aportes de capital de los socios, o con cargo a las reservas de la empresa o a sus nuevas utilidades.

Esto quiere decir que no solo es ilegal el cobro retroactivo que autoriza la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la CREG, sino que, conforme al artículo 94 de la Ley 142 de 1994, también es ilegal cualquier cobro con posterioridad a la entrada en vigencia del acto administrativo demandado, debido a que expresamente la ley prohíbe el alza de las tarifas para recuperar pérdidas patrimoniales.

**DÉCIMO SEXTO:** Acorde a todo lo expuesto, es claro que las resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** es abiertamente ilegal y contraria a normas superiores. En consecuencia, por medio de esta demanda se solicitará que se declare la nulidad del mencionado acto administrativo y se solicitará como medida cautelar la suspensión provisional de este, conforme a los argumentos que a continuación se expondrán.

## **6. FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

El medio de control que se invoca en el presente proceso es el de nulidad, también conocido como simple nulidad, teniendo en cuenta que el acto administrativo que se demanda es de carácter general. Sobre el medio de control de nulidad, este se consagra en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

A continuación, exponremos una síntesis de las razones por las que el Despacho debe declarar la nulidad de las resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**, para luego desarrollarlas:

- Las resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** autorizan a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros retroactivos de emolumentos no facturados antes de la entrada en vigencia de dicha resolución. Esto viola disposiciones legales especiales en materia de servicios públicos, como lo es el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, que establece que, 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. Lo anterior viola el principio de no retroactividad de los actos administrativos.

- Las resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** autorizan el cobro de emolumentos respecto a los cuales los usuarios nunca se beneficiaron, toda vez que está cobrando perdidas de energías que otras personas robaron. En términos sencillos, otras personas se robaron la energía, pero la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** permite que AIR-E S.A.S E.S.P. le cobre esta pérdida no a quienes la robaron, sino a los usuarios que sí pagan las facturas y que nunca han robado energía.
- AIR-E S.A.S E.S.P. empezó a trabajar como distribuidora y comercializadora de energía en la Costa Caribe apenas el 01 de octubre de 2020, pero la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** le permite cobrar y facturar pérdidas de energía de antes, es decir, le permite cobrar perdidas que nunca tuvo, puesto que son de antes del 01 de octubre de 2020. Esto significa que la resolución 078 de 2021 le permite a AIR-E S.A.S E.S.P. realizar cobros retroactivos que ELECTRICARIBE no facturó y que vienen de la época en la que funcionaba ELECTRICARIBE como distribuidora y comercializadora de energía, y no AIR-E S.A.S E.S.P. Lo anterior quiere decir que el acto administrativo demandado autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. a realizar cobros por perdidas de energía que esta empresa nunca tuvo, toda vez que son cobros desde antes del 01 de octubre de 2020.
- La **CREG** no puede fundamentarse en las perdidas reconocidas de energía para añadir un componente adicional y así justificar el aumento tarifario, toda vez que existe una expresa disposición legal (artículo 94 de la Ley 142 de 1994) que estipula que no se permitirán alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales porque la recuperación patrimonial deberá hacerse, exclusivamente, con nuevos aportes de capital de los socios, o con cargo a las reservas de la empresa o a sus nuevas utilidades.
- El artículo 318 autoriza el incremento solo para las actividades de comercialización y distribución, pero en la formula del incremento tarifario se permite a AIR E S.A.S E.S.P. realizar el incremento tarifario sobre la tarifa plena, incluyendo el componente de generación, contrariando lo establecido en el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019 o Plan Nacional de Desarrollo. Con base en esto, claramente hay una violación por parte de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la

CREG de una norma superior, como lo es el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, debido a que este solo autoriza un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica, pero en la fórmula del incremento tarifario de la Resolución 078 de 2021 de la CREG se incluye también el componente de generación de energía, cuando este no está autorizado por la Ley 1955 de 2019, a lo que se suma que AIR E S.A.S E.S.P. solo distribuye y comercializa energía, pero no la genera.

- El cobro retroactivo que autorizan las resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** disfraza la creación e imposición de un tributo bajo el argumento de que es un incremento tarifario. No obstante, cumple con los elementos necesarios para ser considerado como un tributo y, por lo tanto, es ilegal porque solo el Congreso de la República puede crear o autorizar la creación de tributos y conforme al inciso 2 del artículo 363 de la Constitución Política de 1991, se prohíbe expresamente la retroactividad en materia tributaria.

Con base en la anterior síntesis de los argumentos expuestos anteriormente, procederemos a continuación a desarrollarlos para demostrarle al Despacho que el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo.

#### **6.1. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 150 DE LA LEY 142 DE 1994 Y DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD:**

Las resoluciones demandadas autorizan a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros retroactivos de emolumentos no facturados antes de la entrada en vigencia de dicha resolución. Lo anterior no es una posición subjetiva de esta parte demandante, sino que fue reconocida por el mismo gerente de AIR-E S.A.S E.S.P., tal como se expone en los hechos de esta demanda, quien aduce que la actuación de AIR-E S.A.S E.S.P. es legal porque se ajusta a lo contenido en la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG**.

Este cobro retroactivo de emolumentos no facturados antes de la entrada en vigencia de la resolución que los autoriza viola claramente un principio fundamental en del derecho que es el de no retroactividad de los actos administrativos. Sobre este tema, en Concepto 185231 de 2016 del Departamento Administrativo de la Función Pública se expuso:

“En primer lugar, es importante precisar que los Actos Administrativos han sido definidos por la doctrina como “las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos”.

Con respecto a la emisión y nacimiento del Acto Administrativo se precisa que para que éste pueda nacer a la vida jurídica debe reunir los requisitos y procedimientos consagrados en la ley, por lo tanto, cualquier autoridad pública puede emitir actos administrativos, independientemente del nivel al que pertenezcan, es decir, pueden ser expedidos por autoridades del orden nacional, territorial o por los órganos de control.

De igual forma, la doctrina ha sostenido que existen ciertos elementos esenciales en todo acto administrativo que predeterminan la validez y la eficacia misma del acto; es decir, la competencia de la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, la motivación, la finalidad y la forma.

**Con respecto a los efectos del acto administrativo se tiene que por regla general surte efectos a partir de su expedición,** siempre que no contenga alguna determinación que lo dilate, posponga o suspenda, como su publicación, notificación, requerir de la aprobación de un superior o estar sujeto a una condición para que produzca sus efectos. **Así lo ha afirmado el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, en sentencia del 12 de diciembre de 1984:**

**“El principio universal de la irretroactividad de los actos jurídicos es uno de los pilares del estado de derecho ya que las relaciones jurídicas requieren seguridad y estabilidad sin las cuales surgirían el caos y la arbitrariedad, pues como dice Kholer “Toda nuestra cultura exige una cierta firmeza de relaciones y todo nuestro impulso para establecer el orden**

jurídico responde a la consideración de que nuestras relaciones jurídicas van a perdurar".

(...) "A este respecto, en concepto del 25 de febrero de 1975 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se expresó así: "... de conformidad con el artículo 30 de la Constitución Nacional y la Ley 153 de 1887, es norma general que la ley es irretroactiva, que sólo tiene efectos para el futuro, con miras a mantener la confianza, seguridad y certidumbre de las personas en el orden jurídico. Es norma de observancia para los Jueces y el legislador en garantía de situaciones nacidas válidamente al amparo de normas legítimamente existentes.

"De la irretroactividad de la ley se deduce la irretroactividad de los actos administrativos, los cuales no pueden surtir efecto con anterioridad a su vigencia. Sólo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efectos hacia el pasado y siempre con base en una autorización legal.

"Los tratadistas de derecho administrativo son acordes al afirmar que el acto administrativo no produce efectos sino para el futuro. El profesor Riveró en su obra "Derecho Administrativo" sostiene que la aplicación de un acto administrativo con retroactividad puede dar lugar a su declaratoria de nulidad por exceso de poder, pues la Administración no puede hacer remontar los efectos de su decisión sino para el futuro. En su obra "El Principio de la Irretroactividad de los Actos Administrativos" afirma Lietourner que la regla la irretroactividad de los actos administrativos significa que un acto de esta índole no puede legalmente producir efectos en una fecha anterior a aquella de su entrada en vigencia".

En conclusión, todo acto administrativo, como las leyes, tienen como característica esencial el carácter irretroactivo, es decir, que los efectos jurídico-materiales que producen, por regla general son ex nunc (hacia el futuro) a efectos de

**preservar la confianza, la seguridad y la certidumbre de las personas en el orden jurídico vigente.** (negritas y subrayas nuestras).

Lo anterior significa que un acto administrativo produce sus efectos como regla general a futuro, posterior a su expedición y luego de surtir su proceso de publicidad, es decir, en principio sus efectos no son retroactivos. El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, en concepto del 7 de septiembre de 2000, radicado No. 1294, señaló frente al tema:

**“ACTO ADMINISTRATIVO - Irretroactividad/ PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA. Tanto nuestro ordenamiento jurídico, como nuestra doctrina y jurisprudencia, acogen el criterio general de que los actos administrativos tienen efectos hacia el futuro, con fundamento en el principio de la seguridad jurídica, que busca ante todo brindar la certeza y estabilidad de las situaciones jurídicas existentes.”** (negritas y subrayas nuestras).

El Consejo de Estado, ha señalado de manera inequívoca la irretroactividad de las leyes y de los actos administrativos como uno de los principios sobre los cuales se edifica un Estado de Derecho, así los actos administrativos no pueden surtir efecto con anterioridad a su vigencia. Asimismo, la doctrina<sup>9</sup> también ha expuesto que:

**“Por regla general, todo acto administrativo tiene efectos jurídicos y materiales irretroactivos. Sus efectos son hacia el futuro. (...) Todo acto administrativo, como las leyes, tiene como característica esencial es de tener carácter irretroactivo, es decir, que los efectos jurídico-materiales que producen, por regla general son ex nunc (hacia el futuro), para preservar la confianza, la seguridad y la certidumbre de las personas en el orden jurídico vigente (principio de certidumbre y seguridad jurídicas).**

---

<sup>9</sup> Teoría general del acto administrativo: el perfeccionamiento, la existencia, la validez y la eficacia del acto desde la perspectiva de la nulidad, la revocatoria y la suspensión de los efectos jurídicos. Libardo Orlando Riascos Gómez.

**(...) El C. de E., en jurisprudencia unánime sostiene la irretroactividad del acto administrativo, y en sentencia de diciembre 12 de 1984, conceptuó: "... No pueden surtir efectos con anterioridad a su vigencia. Sólo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efecto hacia el pasado siempre con base en una autorización legal. El principio universal de la irretroactividad de los actos jurídicos es uno de los pilares del Estado de Derecho a que las relaciones jurídicas requieren seguridad, estabilidad sin las cuales surgirán el caos y la arbitrariedad, pues como dice SOLER, 'toda nuestra cultura exige una cierta firmeza de relaciones y todo nuestro impulso para establecer el orden jurídico responde a la consideración de que nuestras relaciones jurídicas van a perpetuar'" (negritas y subrayas nuestras).**

Lo expuesto significa claramente que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un principio y regla general de que los actos administrativos solo producen efectos desde su entrada en vigencia hacia el futuro. Por lo tanto, es claro que el cobro retroactivo de emolumentos no facturados antes de la entrada en vigencia de Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** es contrario a la ley, y, lo es aún más porque viola una disposición superior, legal y especial, como lo es el artículo 150 de la Ley de Servicios Públicos o Ley 142 de 1994, el cual establece:

**"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."** (negritas y subrayas nuestras).

A lo expuesto en este articulado se debe agregar que el cobro retroactivo que autoriza el acto administrativo demandado se fundamenta en las pérdidas por robo de energía, pero se le está cobrando a usuarios que nunca han robado energía o que no se ha demostrado ello. Es decir, se está autorizando un cobro de emolumentos respecto a los cuales los usuarios nunca se beneficiaron, toda vez que está cobrando pérdidas de energías

que otras personas robaron. En términos sencillos, otras personas se robaron la energía, pero la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** permite que AIR-E S.A.S E.S.P. le cobre esta pérdida no a quienes la robaron, sino a los usuarios que sí pagan las facturas y que nunca han robado energía.

Esto demuestra que la **CREG** no busca con su resolución desincentivar el hurto de energía, sino que, aprovechándose del que hacen otros ciudadanos inescrupulosos, le autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para que les cobre estas pérdidas a personas que nunca se han beneficiado de dichos robos de energía, que actúan de buena fe siempre pagando sus facturas y dentro del marco de la legalidad. Esto demuestra, en términos coloquiales, que la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** premia al ladrón y castiga al honrado. Y aún más, castiga doblemente a quien cumple por cuanto se le incluyen valores no recaudados por pérdidas no técnicas que son anteriores a la expedición de la Resolución.

Además, las consecuencias de estos cobros retroactivos en un año en el que la crisis económica derivada de la pandemia por COVID-19 persiste, acentúa dicha crisis, desincentiva la inversión empresarial e industrial en los departamentos donde funciona AIR-E S.A.S E.S.P., disminuye la capacidad de las empresas para contratar nuevos empleados y posibilita que despidan a otros por los altos precios en las facturas de energías.

A esto se le debe añadir que AIR-E S.A.S E.S.P. empezó a trabajar como distribuidora y comercializadora de energía en la Costa Caribe apenas el 01 de octubre de 2020, pero la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** le permite cobrar y facturar pérdidas de energía de antes, es decir, le permite cobrar pérdidas que nunca tuvo, puesto que son de antes del 01 de octubre de 2020. Esto significa que la resolución 078 de 2021 le permite a AIR-E S.A.S E.S.P. realizar cobros retroactivos que ELECTRICARIBE no facturó y que vienen de la época en la que funcionaba ELECTRICARIBE como distribuidora y comercializadora de energía, y no AIR-E S.A.S E.S.P. Lo anterior quiere decir que el acto administrativo demandado autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. a realizar cobros por pérdidas de energía que esta empresa nunca tuvo, toda vez que son cobros desde antes del 01 de octubre de 2020.

Retomando la clara violación al artículo 150 de una ley especial en el tema, como lo es la de servicios públicos, es claro que la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** debe ir conforme a dicho artículo por tratarse de

una norma superior de carácter legal y especial por ser sobre la misma temática. Sin embargo, no solo no va acorde a este, sino que también lo vulnera, porque, además de que actos administrativos no producen efectos hacia el pasado, el artículo 150 de la Ley 142 de 1994 prohíbe que las empresas de servicios públicos cobren emolumentos no facturados y, en caso de hacerlo después de cinco meses, esto se considerará como un cobro inoportuno.

El mencionado artículo 150 de la Ley 142 de 1994 fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional en C-060 de 2005, con Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería, en la que se menciona:

**“Habría que agregar también, que el plazo señalado en el artículo 150 de la ley 142 de 1994, establece un término de prescripción en beneficio del usuario y en detrimento de la empresa prestadora del servicio. Lo referido en aras del control de la potestad mencionada de la administración.**

**En efecto, el lapso de tiempo perentorio de cinco meses otorgado por la ley para el ejercicio de la potestad en cabeza de la administración, concede certeza al usuario y seguridad jurídica, bajo el entendido que desbordado este tiempo no podrán surgir conflictos posteriores, surgidos de la facturación, y en contra del usuario.”** (negrillas y subrayas nuestras).

De acuerdo con lo anterior, las empresas de servicios públicos domiciliarios como AIR-E tienen hasta cinco (5) meses para cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Al respecto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha señalado en Concepto unificado SSPD-OJU-2009-03 lo siguiente:

**“5. COBROS INOPORTUNOS.**

**El artículo 150 de la ley 142 de 1994, dispone que al cabo de cinco meses de haber sido entregadas las facturas, las empresas de servicios públicos, no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigaciones de desviaciones significativas frente a**

consumos anteriores. Agrega la norma, que se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario.

Esta norma tiene un doble propósito; de una parte, brindar seguridad al usuario respecto de los cobros que hace la empresa, que éstos correspondan a los consumos del período facturado y no se convierta en práctica ordinaria la acumulación de cuentas de períodos anteriores de manera injustificada, haciendo imposible su posterior verificación y pago, de otra parte, sancionar la negligencia de la empresa y obligarla a facturar oportunamente.

En otras palabras, lo que la ley pretende es que sólo de manera excepcional las empresas facturen servicios que no correspondan al del período de lectura inmediatamente anterior a la expedición de la factura.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-060 de 2005:

“Habría que agregar también, que el plazo señalado en el artículo 150 de la ley 142 de 1994, establece un término de prescripción en beneficio del usuario y en detrimento de la empresa prestadora del servicio. Lo referido en aras del control de la potestad mencionada de la administración.

En efecto, el lapso de tiempo perentorio de cinco meses otorgado por la ley para el ejercicio de la potestad en cabeza de la administración, concede certeza al usuario y seguridad jurídica, bajo el entendido que desbordado este tiempo no podrán surgir conflictos posteriores, surgidos de la facturación, y en contra del usuario.”

De otro lado, respecto de la excepción que establece el artículo 150 que se analiza, es decir, los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario, la empresa tendrá la carga de la prueba y deberá demostrar que el usuario tuvo la intención de hacer incurrir a la empresa en el error, la omisión o que su conducta la dirigió a impedir realizar la

investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores, para evitar así el cobro de bienes o servicios.

### 5.1 ALCANCE DE LOS TÉRMINOS BIENES Y SERVICIOS DEL ARTÍCULO 150.

El artículo 150 de la Ley 142 de 1994, emplea los vocablos “bienes o servicios”, los cuales no se pueden entender en un sentido restringido, únicamente al bien o servicio objeto del contrato de servicios públicos, esto es, al consumo entendido en los términos del numeral 90.1 del artículo 90 de la Ley 142 de 1994, sino que se refieren también a otros bienes o servicios inherente a ese contrato.” (negrillas y subrayas nuestras).

Aunado a esto, en Concepto SSPD-OJ-2010-687, con radicado No. 20101300998581, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios señaló:

“(…) Se debe tener en cuenta lo establecido por parte del artículo 150 de la Ley 142 de 1994:

“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.”

De conformidad con la norma en cita, las empresas no pueden cobrar valores adicionales por consumos anteriores que no facturaron por error, omisión o investigación de desviación significativa después de cinco (5) meses de haber entregado la factura.

Así las cosas, sí existe para las empresas prestadoras de servicios públicos una posibilidad de efectuar un cobro retroactivo, pero sólo en la hipótesis que hemos mencionado, esto es, en un término no superior a cinco (5) meses después de haber entregado la factura. Mediante



concepto 557 de 1999, la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia manifestó:

### COBROS INOPORTUNOS

El artículo 150 de la ley 142 de 1994 establece:

"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".

De suerte que, las empresas no pueden cobrar valores adicionales en la factura a los usuarios, que no facturaron por error, omisión o investigación de desviación significativa después de cinco meses de entregada la factura. Única posibilidad de cobro retroactivo con el que cuentan las empresas." (La subraya es nuestra)

En relación con el momento o fecha de entrega de la factura, el inciso segundo del artículo 148 de la ley 142 de 1994 dispone que: "En los contratos se pactará la forma, tiempo, sitio y modo en los que la empresa hará conocer la factura a los suscriptores o usuarios, y el conocimiento se presumirá de derecho cuando la empresa cumpla lo estipulado. (...)." Por lo tanto, son los contratos de condiciones uniformes los que determinan, en principio, la forma como las empresas hacen conocer las facturas a los suscriptores o usuarios.

(...) Las disposiciones regulatorias a que hemos hecho referencia nos indican claramente los plazos dentro de los cuales las empresas prestadoras del servicio público de acueducto y alcantarillado deben entregar las facturas a sus usuarios. Sin embargo, si por alguna circunstancia la empresa no cumplió con su obligación de envío de la factura, el término de cinco (5) meses a que hace referencia el artículo 150 de la ley 142 de 1994 debe contarse a partir



del momento en que la empresa debía elaborar y remitir la factura.

En relación con lo anterior, esta Oficina Asesora Jurídica se pronunció mediante concepto 707 de 2001, así:

“En materia de cobros inoportunos, el artículo 150 de la ley 142 de 1994 establece:

“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 los consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario.

La norma transcrita parte del supuesto según el cual la empresa ha cumplido con su obligación de enviar la factura oportunamente, por tanto, no debe entenderse que esta disposición favorece a las empresas que incumplan el contrato de condiciones uniformes.

Así las cosas aún en los eventos en que no exista factura anterior, debe tenerse en cuenta el momento en que debía elaborarse y enviarse, toda vez que la empresa cuenta con unos plazos tanto para la instalación del servicio, como para elaborar y hacer entrega de las facturas.” (La subraya es nuestra)

Con fundamento en lo anterior, podemos llegar a la conclusión de que la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** va en contravía del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 y del principio de no retroactividad de los actos administrativos.

## **6.2. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 94 DE LA LEY 142 DE 1994:**

No obstante, estas no son las únicas razones para la declaratoria de su nulidad ya que, sumado a esto, las resoluciones demandadas violan expresamente el artículo 94 de la Ley 142 de 1994, que establece:

**“ARTÍCULO 94. TARIFAS Y RECUPERACIÓN DE PÉRDIDAS. De acuerdo con los principios de eficiencia y suficiencia financiera, y dada la necesidad de lograr un adecuado equilibrio entre ellos, no se permitirán alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales. La recuperación patrimonial deberá hacerse, exclusivamente, con nuevos aportes de capital de los socios, o con cargo a las reservas de la empresa o a sus nuevas utilidades.”** (negritas y subrayas nuestras)

Conforme a este artículo, es claro que la **CREG** no puede fundamentarse en las pérdidas reconocidas de energía para añadir un componente adicional y así justificar el aumento tarifario, toda vez que existe una expresa disposición legal que estipula que no se permitirán alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales porque la recuperación patrimonial deberá hacerse, exclusivamente, con nuevos aportes de capital de los socios, o con cargo a las reservas de la empresa o a sus nuevas utilidades.

Lo anterior demuestra claramente que la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** es abiertamente ilegal, debido a que permite el alza en las tarifas por pérdidas reconocidas, cuando expresamente el artículo 94 de la Ley 142 de 1994 estipula que se prohíben alzas destinadas a la recuperación de pérdidas patrimoniales, ya que dicha recuperación solo podrá hacerse, de manera exclusiva, con:

- Nuevos aportes de capital de los socios.
- Con cargo a las reservas de la empresa de servicios públicos.
- Con cargo a las nuevas utilidades de la empresa de servicios públicos.

Con base en lo anterior, es claro que la **CREG** actuó por fuera de sus competencias al expedir la Resolución 078 del 24 de junio de 2021, porque no es competente para autorizar el aumento de las tarifas por pérdidas patrimoniales, situación que es contraria al mencionado artículo 94 de la Ley 142 de 1994. De hecho, al revisar los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994 que establecen las funciones de la **CREG**, claramente podemos advertir que esta se excedió en sus competencias al momento de expedir el acto administrativo demandado, porque no está autorizada para permitir el aumento de tarifas por pérdidas patrimoniales. Es decir, la **CREG** se atribuyó

funciones que la ley nunca le otorgó y que la ley expresamente prohíbe. Al respecto, en la Sentencia 060 de 2005 de la Corte Constitucional se expuso:

36

*"Naturaleza Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios*

*Los servicios públicos pueden presentarse en diferentes formas. Son de interés en este momento los Servicios Públicos Domiciliarios, por cuanto son estos los regulados por la ley 142 de 1994. Así entonces, esta Corporación ha entendido como Servicios Públicos Domiciliarios "aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas"*

**Ahora bien, respecto a los servicios públicos domiciliarios, ha sido diferido al legislador el señalamiento del régimen tarifario.** Además, se le impone la observancia de los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos, entre otras materias.

**El señalamiento realizado por el legislador, en materia de servicios públicos domiciliarios, está vertido en la ley 142 de 1994 "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones." Lo anterior trae consigo, que la relación que existe entre los usuarios y las empresas de servicios públicos domiciliarios, es principalmente legal.**

*En otras palabras, la relación jurídica entre el usuario y la empresa de servicios públicos domiciliarios es, en algunos aspectos y respecto de ciertos servicios, una relación legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley.*

Al respecto ha dicho esta Corporación:

"No es entonces exótico que la relación jurídica entre usuario y empresa de servicios públicos sea simultáneamente estatutaria y contractual. En materia de servicios públicos domiciliarios, por el contrario, esta es la regla general, debido a que su prestación involucra derechos constitucionales - salud, educación, seguridad social, etc. - y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado".

En este orden de ideas, **la regulación expedida por el legislador en materia de servicios públicos domiciliarios, obedece a intereses públicos determinados, que no son otros que los planteados por el Estado Social de Derecho en la salvaguarda de los derechos fundamentales.**

**Al respecto ha dicho esta Corte:**

**"La competencia para la "regulación" de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente."**

**En este orden de ideas, siendo los servicios públicos domiciliarios un instrumento trascendental del Estado para la salvaguarda de los derechos fundamentales; la Constitución Política estableció que sea el legislador, quien, por intermedio de una ley, fije las competencias, responsabilidades, cobertura, calidad, financiación,**

**régimen tarifario, criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos; en relación con dichos servicios. Por ende, fue expedida la ley 142 de 1994, la cual reglamentó lo dispuesto por la Constitución y le otorgó a las relaciones jurídicas que surjan de estos servicios públicos domiciliarios, un carácter legal.** (negrillas y subrayas nuestras).

Asimismo, la Sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional, con Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, que declaró la exequibilidad del artículo 94 de la Ley 142 de 1994, estableció lo siguiente:

**“(…) el artículo 94 prohíbe las alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales (...) el artículo 92 y el artículo 94 de la Ley 142 de 1994 exponen los criterios para determinar sus fórmulas tarifarias donde la eficiencia económica y la suficiencia financiera son especialmente valoradas”** (negrillas y subrayas nuestras).

### **6.3. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 318 DE LA LEY 1955 DE 2019:**

Aunado a lo expuesto, se debe agregar que el artículo 318 del PND autoriza el incremento solo para las actividades de comercialización y distribución, pero en la fórmula del incremento tarifario se permite AIR E.S.A.S E.S.P. realizar el incremento tarifario sobre la tarifa plena, incluyendo los componentes de PERDIDAS RECONOCIDAS y de generación de energía, contrariando lo establecido en el artículo 318, que se encuentra dentro del acápite titulado Equidad para la eficiente prestación del servicio público de energía en la Costa Caribe, de la Ley 1955 de 2019 o Plan Nacional de Desarrollo, que estipula:

**“ARTÍCULO 318. RÉGIMEN TRANSITORIO ESPECIAL PARA ASEGURAR LA SOSTENIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN EFICIENTE DEL SERVICIO. Con el fin de asegurar la prestación eficiente y sostenible del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la Costa Caribe, teniendo en cuenta el estado de Electricaribe S.A. E.S.P. al momento de su Intervención, autorícese al Gobierno nacional para establecer un régimen**



**transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización del actual mercado de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. o las empresas derivadas de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. que se constituyan en el marco del proceso de toma de posesión de esta sociedad para las regiones en las se preste el servicio público.** Para estos efectos, los límites en la participación de la actividad de comercialización de energía eléctrica podrán ser superiores hasta en diez puntos porcentuales adicionales al límite regulatorio corriente.

**Este régimen regulatorio especial deberá establecer que la variación en las tarifas para esta región sea al menos igual a la variación porcentual de tarifas del promedio nacional, en la medida en que refleje, como mínimo, las inversiones realizadas, el cumplimiento de las metas de calidad y de reducción de pérdidas. El Gobierno nacional definirá el plazo máximo de aplicación del este régimen transitorio especial.**

**PARÁGRAFO 1o. Con recursos provenientes del sistema general de regalías se podrán financiar inversiones en infraestructura eléctrica, como aportes que no incidirán en la tarifa.**

**PARÁGRAFO 2o.** Las entidades estatales que sean deudoras de Electricaribe S.A. E.S.P. deberán tomar las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones que se derivan del servicio público de energía. El incumplimiento por parte de cualquier entidad estatal de sus deberes como usuarios de servicios públicos, especialmente en lo relativo a la incorporación en los respectivos presupuestos de apropiaciones suficientes y al pago efectivo de los servicios utilizados, es causal de mala conducta para sus representantes legales y los funcionarios responsables, sancionable con destitución." (negritas y subrayas nuestras).

Con base en esto, claramente hay una violación por parte de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** de una norma superior, como lo es



el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, debido a que este solo autoriza un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica, pero en la fórmula del incremento tarifario de la Resolución 078 de 2021 de la **CREG** se incluye también los componentes de generación y PERDIDAS RECONOCIDAS de energía, cuando estos no están autorizados por la Ley 1955 de 2019, a lo que se suma que AIR-E S.A.S E.S.P. solo distribuye y comercializa energía.

Es importante resaltar que la interpretación que hacemos en este escrito del artículo 318 de la Ley 1955 de 2019 es la misma que realizó la CREG en la Resolución 078 de 2021, en lo atinente a que la autorización que esta norma permite corresponde solo a las actividades de distribución y comercialización de energía, cuando expone en sus considerandos:

**“El Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1955 de 2019, en su artículo 318, autorizó al Gobierno Nacional para que estableciera un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica en el mercado que, en su fecha de expedición, atendía la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.”** (negritas y subrayas nuestras)

Asimismo, el mencionado artículo 318 establece que la variación en las tarifas está sujeta, “como mínimo”, a las inversiones realizadas, el cumplimiento de las metas de calidad y de reducción de pérdidas. No obstante, la Resolución 078 de 2021 de la **CREG** fue expedida sin que AIR-E S.A.S E.S.P. hubiese presentado formalmente y oficialmente un plan detallado de sus inversiones realizadas y a realizar, ni tampoco demostrado el cumplimiento de las metas de calidad y de reducción de pérdidas.

Adicionalmente, es importante hacer énfasis en el párrafo primero del citado artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, porque este establece que con recursos provenientes del sistema general de regalías se podrán financiar inversiones en infraestructura eléctrica, como aportes que no incidirán en la tarifa. Lo anterior quiere decir que las inversiones en infraestructura eléctrica no pueden incidir en la tarifa que se cobra a los usuarios por expresa disposición legal.

#### **6.4. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 338 Y DEL INCISO 2 DEL ARTÍCULO 363 DE LA CONSTITUCIÓN:**

41

Por otro lado, siguiendo la lógica expuesta por AIR-E S.A.S E.S.P. y lo consignado en las resoluciones demandadas, de que el cobro retroactivo que se autoriza es por el componente de pérdidas de energías, es decir, que el cobro retroactivo que se realiza tiene fundamento en recuperar las pérdidas de energías robadas en el pasado, y que estas energías no fueron robadas por los usuarios a los que se les está facturando el cobro retroactivo, entonces se puede concluir que dicho cobro por pérdidas de energía es un tributo disfrazado.

El cobro retroactivo que autorizó la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** es un tributo porque tiene un hecho generador (ser usuario de AIR-E S.A.S E.S.P.), un sujeto activo, un sujeto pasivo, una base gravable y una tarifa, que son los elementos constitutivos del tributo. Sobre este asunto, es importante acudir a la Sentencia C-243 de 2005 de la Corte Constitucional, con Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, que expuso:

*“La Corte ha explicado en reiteradas ocasiones que es posible identificar claramente en el sistema fiscal colombiano tres tipos de tributos, a saber, los impuestos, las tasas y las contribuciones, que, si bien son todos fruto de la potestad impositiva del Estado, tienen cada uno características propias que los diferencian.*

*A su vez, se ha dicho que se denomina "tasa" a un gravamen que cumpla con las siguientes características:*

*-constituyen el precio que el Estado cobra por un bien o servicio y, en principio, no son obligatorias, toda vez que el particular tiene la opción de adquirir o no dicho bien o servicio, pero lo cierto es que una vez se ha tomado la decisión de acceder al mismo, se genera la obligación de pagarla;*

*-Su finalidad es la de recuperar el costo de lo ofrecido y el precio que paga el usuario guarda una relación directa con los beneficios derivados de ese bien o servicio;*

-ocasionalmente caben criterios distributivos como las tarifas diferenciales;

-un ejemplo típico son las tarifas de los servicios públicos."

Asimismo, en Sentencia C-278 del 2019 de la Corte Constitucional, con Magistrado Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, se expuso:

**"Entonces, de las nociones jurisprudenciales que se han elaborado alrededor del concepto de las tasas, éstas se pueden definir como aquellos ingresos tributarios que se establecen en la ley o con fundamento en ella, a través de los cuales el ciudadano contribuye a la recuperación total o parcial de los costos que le representan al Estado, prestar una actividad, un bien o servicio público, bien sea de manera directa o indirecta, esta última en el caso de particulares que presten servicios públicos. Por su propia naturaleza, esta erogación económica se impone unilateralmente por el Estado a manera de retribución equitativa de un gasto público, que no obstante ser indispensable para el contribuyente, tan sólo se origina a partir de su solicitud.**

**En este orden de ideas, se consideran tasas aquellos gravámenes que cumplan las siguientes características: (i) la prestación económica necesariamente tiene que originarse en una imposición legal; (ii) la misma nace como recuperación total o parcial de los costos que le representan al Estado, directa o indirectamente, prestar una actividad, un bien o servicio público; (iii) la retribución pagada por el contribuyente guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido, así lo reconoce el artículo 338 Superior al disponer que: "La ley [puede] permitir que las autoridades fijen las tarifas de las [tasas] que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten"; (iv) los valores que se establezcan como obligación tributaria excluyen la utilidad que se deriva de la utilización de dicho bien o servicio; (v) aun cuando su pago resulta indispensable para garantizar el**

acceso a actividades de interés público o general, su reconocimiento tan sólo se torna obligatorio a partir de la solicitud del contribuyente, por lo que las tasas indefectiblemente se tornan forzosas a partir de una actuación directa y referida de manera inmediata al obligado; (vi) el pago, por regla general, es proporcional, pero en ciertos casos admite criterios distributivos, como por ejemplo, con las tarifas diferenciales.

Así las cosas, las tasas se diferencian de los impuestos en los siguientes aspectos: (i) el hecho generador se basa en la efectiva prestación de un servicio público o la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público que se traduce en un beneficio particular del sujeto pasivo; (ii) tienen naturaleza retributiva, pues buscan compensar un gasto público del Estado para prestar un servicio público."  
(negritas y subrayas nuestras).

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el cobro por concepto de pérdida de energía que autoriza la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** es un tributo y que, por tanto, bajo la excusa de la recuperación de energías robadas en el pasado, autoriza el cobro de tributos a los usuarios de AIR-E S.A.S E.S.P., autorización que es ilegal por las siguientes razones:

- La **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** es una entidad adscrita al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, por lo tanto, pertenece al poder ejecutivo. Por tal razón, no está autorizada para crear tributos, ya que en materia tributaria rige el principio de reserva legal, que establece que el CONGRESO DE LA REPÚBLICA es el único facultado para crear tributos y para autorizar a las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales o Municipales para establecer tributos.
- Conforme al inciso 2 del artículo 363 de la Constitución Política de 1991, se prohíbe expresamente la retroactividad en materia tributaria.

Frente a esto, es importante acudir al artículo 338 de la Constitución Política de 1991, que estipula:



**“ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.**

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.” (negritas y subrayas nuestras).

Además, la Corte Constitucional, en Sentencia C-594 de 2010, con Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, expuso:

**“PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA-Contenido/ INEXISTENCIA DE IMPUESTO SIN REPRESENTACION-Postulado desarrollado en la constitución/PRINCIPIO DE CERTEZA TRIBUTARIA-Se deriva del principio de legalidad tributaria**

**El artículo 338 de la Constitución Política desarrolla el postulado de que no existe impuesto sin representación. Este precepto superior es así una expresión de los principios de representación popular y democrático representativo en el ámbito tributario, como quiera que establece una restricción expresa, en el sentido que, salvo los casos específicos de potestad impositiva del Gobierno en los estados de excepción, solo los organismos de representación popular**





podrán imponer tributos. De este modo, la norma constitucional, además de enunciar el principio de reserva legal en materia fiscal, objeto de posterior desarrollo, consagra el de legalidad tributaria que preside la creación de los gravámenes. En este sentido estipula que “la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y bases gravables, y las tarifas de los impuestos”. Solo excepcionalmente, respecto de la tarifa de las tasas y contribuciones, este mismo artículo de la Carta autoriza que la competencia para fijarla sea atribuida a otras autoridades, siempre que en la ley, la ordenanza o el acuerdo respectivo, se fije el sistema y el método para determinarla. Del principio de legalidad tributaria se deriva el de certeza del tributo, conforme al cual no basta con que sean los órganos colegiados de representación popular los que fijen directamente los elementos del tributo, sino que es necesario que al hacerlo determinen con suficiente claridad y precisión todos y cada uno de esos componentes esenciales. Esta exigencia adquiere relevancia a la hora de dar aplicación y cumplimiento a las disposiciones que fijan los gravámenes, pues su inobservancia puede dar lugar a diversas situaciones nocivas para la disciplina tributaria como son la generación de inseguridad jurídica; propiciar los abusos impositivos de los gobernantes; o el fomento de la evasión “pues los contribuyentes obligados a pagar los impuestos no podrían hacerlo, lo que repercute gravemente en las finanzas públicas y, por ende, en el cumplimiento de los fines del Estado”.

#### PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA- Contenido

Del principio de legalidad tributaria propio del Estado de Derecho, se deriva así mismo el postulado conforme al cual sólo la ley puede imponer gravámenes, limitaciones o restricciones a las personas. Ello quiere decir que, sin perjuicio de las especiales facultades de regulación que la Constitución o la ley asignen a determinados órganos del





Estado, el reglamento no puede ser fuente autónoma de obligaciones, restricciones o gravámenes para las personas. Los artículos 114 y 150 numerales 1 y 2 de la Constitución contemplan la denominada cláusula general de competencia para el legislador, conforme a la cual, por un lado “...el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso...”, y, por otro, “... el desarrollo de la potestad reglamentaria por el Gobierno exige que la ley haya previamente configurado una regulación básica o materialidad legislativa, a partir de la cual, el Gobierno puede ejercer la función de reglamentar la ley con miras a su debida aplicación, que es de naturaleza administrativa, y está entonces sujeta a la ley ...”. La Corte ha distinguido esa competencia general del legislador para desarrollar primariamente las materias cuya regulación no haya sido atribuida por la Constitución a otra autoridad, de la llamada reserva de ley, “que es una institución jurídica conforme a la cual, por disposición de la propia Constitución, corresponde exclusivamente al legislador el desarrollo de determinadas materias”. (...) “De esta manera el principio de legalidad general, que se expresa en el sistema de articulación de fuentes formales del derecho contenido en la Constitución, ha sido concretado por la propia Carta, mediante el establecimiento de específicas reservas de ley en determinadas materias”. (negritas y subrayas nuestras).

Lo anterior quiere decir que el único facultado para crear tributos en el ordenamiento jurídico colombiano es el Congreso de la República, quien podrá facultar también a los Concejos y Asambleas para ello. En todo caso, una entidad del orden nacional como la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** no está facultada dentro de sus funciones y competencias para crear tributos.

Además, este tributo, en el entendido de que permite un cobro retroactivo, es abiertamente inconstitucional, debido a que va expresamente en contra del inciso 2 del artículo 363 de la Constitución Política de 1991:



“ARTICULO 363. *El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.*

**Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.**  
(negritas y subrayas nuestras).

Esto quiere decir que ningún tributo, incluidas las tasas, aunque fuesen creados por las autoridades competentes, pueden tener efectos retroactivos o hacia el pasado. Sobre este tema, la Corte Constitucional, en Sentencia C-785 de 2012, con Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio, ratificó el principio de no retroactividad en materia tributaria y sostuvo que la única excepción a este es cuando las disposiciones retroactivas resultan beneficiosas al contribuyente, caso que claramente no sucede con el acto administrativo demandado, puesto que permite cobrar más emolumentos a los usuarios del servicio de energía. La mencionada sentencia de constitucionalidad expone:

“PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD TRIBUTARIA-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA-No puede ser absoluto cuando se trate de modificaciones que resulten benéficas al contribuyente/DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA TRIBUTARIA-Consolidación/SITUACIONES JURIDICAS CONSOLIDADAS-Efectos retroactivos de la Ley/EFFECTOS RETROACTIVOS A LEYES TRIBUTARIAS-Modulación de la excepción/PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA-Alcance

*Acorde con la Constitución, el ordenamiento jurídico tributario se fundamenta en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Además, **la Carta sostiene que las leyes tributarias no pueden ser aplicadas con retroactividad. De igual manera se señala que las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo. La irretroactividad de la ley tributaria pretende en esencia salvaguardar el***



SC-CER103099



SA-CER756031



**principio de seguridad jurídica. En efecto, el hecho de que la norma tributaria tenga como característica el ser antecedente a la producción de las consecuencias normativas que establece, garantiza que el beneficiario o destinatario de la disposición la conozca, impide que el receptor o receptores de la norma tributaria sean sorprendidos con el gravamen y salvaguarda el principio constitucional de legalidad.** Si bien es cierto, el principio es general en relación con la irretroactividad de la ley tributaria, la Corte Constitucional ha entendido que su aplicación no puede ser absoluta, en aquellos eventos en los cuales se disponen modificaciones que resultan benéficas al contribuyente. Al respecto se señaló: "Si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten sus cargas, en forma general, por razones de justicia y equidad, si puede aplicarse en el mismo período sin quebrantar el artículo 338 de la Constitución. **La prohibición contenida en esta norma está encaminada a impedir que se aumenten las cargas del contribuyente, modificando las regulaciones en relación con períodos vencidos o en curso. La razón de la prohibición es elemental: El que el Estado no pueda modificar la tributación con efectos retroactivos, con perjuicio de los contribuyentes de buena fe**". No obstante lo anterior, esta Corporación ha modulado la excepción citada, en el sentido de que la posibilidad de reconocer efectos retroactivos a leyes tributarias está atada a la presencia de situaciones jurídicas consolidadas. Al respecto se indicó que el concepto de derechos adquiridos está intrínsecamente vinculado con la garantía de protección de situaciones jurídicas consolidadas, lo cual a su vez, está relacionado con el principio de irretroactividad de la ley, según el cual los efectos retroactivos de las leyes en materia tributaria no pueden afectar situaciones ya reconocidas y cuyos efectos se hayan dado bajo una legislación anterior, por lo cual **este principio prohíbe en materia de tributos que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia**, salvo que se trate de una disposición favorable para el contribuyente."



Relacionado con esto, la doctrina<sup>10</sup> ha expuesto que:

49

**“Una de las características tradicionalmente aceptadas sobre la vigencia de la ley es aquella regla según la cual la ley rige hacia el futuro y mientras se mantenga vigente. Al adoptarse cambios legislativos, modificaciones a leyes preexistentes o introducción de una nueva legislación, uno de los aspectos de mayor delicadeza es la definición del momento a partir del cual iniciará la vigencia de la nueva normatividad, máxime cuando se trata de normas que, como las tributarias, acarrear consecuencias patrimoniales en cabeza de los ciudadanos, cumpliendo de esta manera con el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas (art. 95 C. P.). Pasar por alto el mencionado aspecto sería destruir la confianza o seguridad jurídica de que gozan los asociados en que no serán alteradas las condiciones jurídicas con base en las cuales actuó y si ello ocurre, no le serán oponibles las modificaciones adoptadas.”** (negritas y subrayas nuestras).

Teniendo en cuenta las anteriores disposiciones, resulta claro que, considerando que el cobro por pérdidas reconocidas de energías es en realidad un tributo, y más específicamente una tasa, según las explicaciones aquí dadas, debe entenderse que dicho tributo es ilegal puesto que la **CREG** no era competente para crearlo con base en el principio de reserva legal, y porque se vulnera el principio de no retroactividad en materia tributaria.

#### **6.5. VIOLACIÓN DEL NUMERAL 8 DEL ARTÍCULO 8 DE LA LEY 1437 DE 2011, DEL ARTÍCULO 318 DE LA LEY 1955 DE 2019 Y DEL ARTÍCULO 209 DE LA CONSTITUCIÓN:**

Además, en el presente caso, es importante resaltar que la **CREG**, al momento de crear y expedir los actos administrativos demandados, no tuvo en cuenta ni consensuó con los usuarios sobre un aspecto tan importante

<sup>10</sup> ¿Es absoluto el principio de irretroactividad de la ley tributaria? Carolina Acosta Ramos. Revista de Derecho Fiscal. Universidad Externado de Colombia.

como lo es el cobro retroactivo de tarifas y el aumento tarifario del cobro de energía.

Lo anterior resulta preocupante porque legalmente la **CREG** tenía la obligación de realizar pedagogía, escuchar a los ciudadanos, publicar los proyectos de los actos administrativos para que fueran de conocimiento general y se pudiera realizar una crítica sana para mejorarlos, cosa que no sucedió, a pesar de que nos encontramos en un Estado Social de Derecho democrático. Esta actuación negligente de la **CREG** no tuvo en cuenta el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, que expone:

*“ARTÍCULO 8o. DEBER DE INFORMACIÓN AL PÚBLICO. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:*

- 1. Las normas básicas que determinan su competencia.*
- 2. Las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan.*
- 3. Las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad.*
- 4. Los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos.*
- 5. Los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate.*
- 6. Las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos.*
- 7. La dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo.*

**8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público.** *En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.*

*PARÁGRAFO. Para obtener estas informaciones en ningún caso se requerirá la presencia del interesado.” (negritas y subrayas nuestras).*

Es decir, la **CREG** tenía la obligación, consagrada en el CPACA, de publicar los proyectos del acto administrativo demandado, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, y señalar un plazo para que se puedan hacer observaciones a este. Pero no solo existe esta citada normativa sobre el asunto, sino que el mismo Decreto 1645 de septiembre 10 de 2019, expedido por la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**, en su artículo 2.2.3.2.2.1.5., expone que debe existir publicidad del proyecto y participación ciudadana.

De hecho, esta norma consagra que para la expedición del régimen transitorio especial de que trata el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, la **CREG** deberá:

- 1) Publicar en su página web el proyecto de resolución, con una antelación de treinta (30) días calendario a su expedición. El término para presentar observaciones, reparos o sugerencias no podrá ser menor a quince (15) días calendario, contado a partir de la publicación en la página web de la **CREG**.
- 2) Dentro del término de treinta (30) días calendario de que trata el numeral anterior, la **CREG** organizará mínimo una (1) consulta pública en la región Caribe para efectos de socializar el proyecto de régimen transitorio especial.

Sin embargo, la **CREG** no dio aplicación a las citadas normas, ni existe prueba de que lo haya hecho, a pesar de la gran incidencia en materia económica y jurídica que tiene el acto administrativo demandado, faltando

así a los principios de publicidad y debido proceso. Tampoco se menciona en los considerandos de estos actos administrativos, sobre todo el de la Resolución 078 de 2021, que se haya dado aplicación a las citadas normas sobre publicidad de los proyectos de los actos administrativos.

Aunado a esto, se observa también que los actos administrativos demandados, al no tener en cuenta el principio de publicidad en su realización, desconocen el interés general, porque, como crean un cobro retroactivo que es abiertamente ilegal e inconstitucional, por parte de la **CREG** no había voluntad de que los proyectos de dichos actos administrativos fueran difundidos o la ciudadanía los conociera.

Con base en los anteriores puntos, se observa en el acto administrativo demandado una clara violación a los principios constitucionales establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991:

**“Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”** (negritas y subrayas nuestras).

#### **6.6. FALTA DE MOTIVACIÓN:**

Además, al revisar los actos administrativos demandados, se observa que no consagra una fundamentación jurídica que sustente la aplicación del cobro retroactivo a los usuarios, por lo que se puede concluir que, en lo atinente a los cobros retroactivos, existe una falta de motivación del acto demandado.

La falta de motivación, que no es equiparable a la falsa motivación, es la omisión de motivar el acto administrativo imputable a la autoridad que lo profiere, lo cual constituye un vicio de procedimiento, y, por ende, una causal de nulidad por expedición irregular del acto, mientras que la "falsa

motivación" supone que sí hubo motivación, pero ésta no corresponde a los hechos. Ahora bien, para determinar si se ha o no omitido motivar el acto, no basta con la inclusión de expresiones genéricas, sino una relación de los motivos concreto que fundamentan el acto, desde el punto de vista de los fundamentos de derecho y hecho.

En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (Sentencia de 28 de febrero de 2008, expediente No. 15944), consideró lo siguiente en torno a este punto:

*"(...) en tanto se limita a señalar el ejercicio de una facultad oficiosa y el cumplimiento de una función, pero en sí misma no contiene una fundamentación o explicación fáctica y probatoria referida al asunto en concreto, indicativa de los motivos de la decisión plasmada en la parte resolutive. // (. . .) la motivación es una exigencia del acto administrativo (. . .) reclamable (. . .) de todos los actos y debe basarse en hechos ciertos y demostrados al momento de la emisión del acto, so pena de viciarlo de nulidad. por ausencia de uno de sus elementos esenciales(...)"*

Asimismo, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sentencia 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326) del 26 de julio de 2017, con Consejero ponente Milton Chaves García, expuso:

*"En cuanto a la falta o ausencia de motivación, la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente: "La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos. Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo n la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos. En cuanto a la falta*

de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, so configura la nulidad del acto administrativo. En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción".

Conforme a lo anterior, he aquí otra razón para que se declare la nulidad del acto administrativo demandado, porque no basta que estos tengan un sustento técnico, sino que también deben tener una motivación jurídica, la cual en este caso es inexistente e, incluso, imposible de sustentar, porque, como hemos expuestos, realizar cobros retroactivos en abiertamente ilegal.

#### **6.7. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 365 Y 367 DE LA CONSTITUCIÓN:**

Asimismo, las normas accionadas también vulneran los artículos 365 y 367 constitucional, que consagran:

*“ARTICULO 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.

**ARTICULO 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.” (negritas y subrayas nuestras).

De los acápites subrayados y en negrilla se desprende que es el Congreso de la República, a través de sus leyes, quien autoriza a las autoridades competentes para fijar las tarifas, y establece los elementos y características del régimen tarifario. En el presente caso, si bien la Ley 1955 de 2019, a través de su artículo 318, estableció un régimen transitorio especial para asegurar la sostenibilidad de la prestación eficiente del servicio en la Costa Caribe, dicha normatividad en ningún momento autorizó a la **CREG** ni abrió el camino para que esta autorizara a AIR-E S.A.S. E.S.P. a realizar cobros retroactivos a los usuarios por pérdidas de energías no imputables a ellos.

## 7. **CONCLUSIONES:**



Con fundamento en los argumentos expuestos, se debe concluir que tanto las pretensiones de la demanda como las medidas cautelares solicitadas deben prosperar, por la violación clara y expresa a normas superiores del acto administrativo demandado.

Con base en lo anterior, a modo de resumen, podemos concluir que las resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** debe ser declarada nula por las siguientes razones:

- Viola el artículo 150 de la Ley 142 de 1994.
- Viola el artículo 94 de la Ley 142 de 1994.
- Viola el principio de no retroactividad de los actos administrativos.
- Viola el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019.
- Permite a AIR-E S.A.S E.S.P. cobrar por pérdidas de energía que nunca tuvo, toda vez que le autoriza cobros desde antes del 01 de octubre de 2020, fecha en que AIR-E S.A.S E.S.P. empezó a funcionar en la Costa caribe.
- Autoriza el cobro de emolumentos respecto a los cuales los usuarios nunca se beneficiaron, debido a que está cobrando perdidas de energías que otras personas robaron.
- Autoriza un tributo y, por lo tanto, vulnera el principio de reserva legal (artículo 338 de la Constitución Política de 1991) por no tener la **CREG** competencias para crear tributos, y vulnera el principio de no retroactividad en materia tributaria (inciso 2 del artículo 363 de la Constitución Política de 1991).
- Viola numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 2.2.3.2.2.1.5. del Decreto 1645 de septiembre 10 de 2019.
- Tiene falta de motivación.
- Viola los artículos 209, 365 y 367 de la Constitución de 1991.

Teniendo en cuenta esto, el medio de control incoado tiene razones suficientes para prosperar porque las resoluciones 010 del 30 de enero de 2020 y 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG** fueron expedidas infringiendo normas superiores en las que debió fundarse y sin competencia.

## 8. ACÁPITE PROBATORIO:

**A)** Muy respetuosamente, me permito aportar las siguientes pruebas documentales:

57

- Boletín de prensa del 09 de agosto de 2021, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS-ACOPI.
- Noticia de octubre de 2021 publicada en la página web del medio de comunicación Emisora Atlántico, titulada: Se debe revisar cobro retroactivo por pérdida de energía, CREG se excedió con esta autorización: Plata.
- Noticia del 05 de octubre de 2021 publicada en la página web del medio de comunicación Zona Cero, titulada: "Si alguien se está robando la energía, que los jueces emitan sanción ejemplar".
- Noticia de octubre de 2021 publicada en la página web del medio de comunicación Emisora Atlántico, titulada: Empresario denuncia millonaria facturación de Air-e por concepto de pérdida energía.
- Noticia del 11 de agosto de 2021 publicada en la página web del medio de comunicación El Tiempo, titulada: 'Alza en energía, golpe fuerte a la competitividad': gremios.
- Entrevistas del 04 de octubre de 2021 realizadas por el periodista JORGE CURA AMAR a distintos empresarios del Departamento del Atlántico.
- Informe del 04 de agosto de 2021 de memoria socialización AIR-E Resolución CREG 078 DE 2021.
- Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**.
- Resolución 024 del 26 de marzo de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**.
- Resolución 010 de 2020 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**.
- Decreto 1645 de septiembre 10 de 2019 de la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**.

**B)** Muy respetuosamente, solicito al Despacho que dé aplicación del inciso 2 del artículo 217 del CPACA, que establece que podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El Juez ordenará rendir informe dentro del término que señale, con la advertencia de que, si no se remite en oportunidad sin motivo

justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

58

Lo anterior con el objetivo de que el representante de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** rinda informe sobre los siguientes puntos:

- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros retroactivos de emolumentos no facturados antes de la entrada en vigencia de dicha resolución.
- Aclare, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, en qué consiste y cuál es el cobro retroactivo que permite realizar la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**.
- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros a usuarios de emolumentos, bienes y servicios de los cuales nunca se beneficiaron, tales como pérdidas de energías.
- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros retroactivos de antes del 01 de octubre de 2020.
- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza realizar el incremento tarifario sobre la tarifa plena, incluyendo el componente de generación.

**C)** Teniendo en cuenta el carácter técnico de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**, conforme al principio de carga dinámica de la prueba<sup>11</sup>, solicito muy respetuosamente al Despacho que oficie a la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** para que su junta de expertos rinda informe explicando de formas clara, concisa, pedagógica, entendible para el Despacho y las partes procesales, lo siguiente:

- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros retroactivos de emolumentos no facturados antes de la entrada en vigencia de dicha resolución.
- ¿En qué consiste y que resuelve la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**?
- Aclare, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, en qué consiste y cuál es el cobro retroactivo que permite realizar la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**.
- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros a usuarios de emolumentos, bienes y servicios de los cuales nunca se beneficiaron, tales como pérdidas de energías.
- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE**

<sup>11</sup> En el inciso 2 del artículo 167 del Código General del Proceso, sobre la carga dinámica de la prueba se expone: “No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.”

**REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros retroactivos de antes del 01 de octubre de 2020.

- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autorizan realizar el incremento tarifario sobre la tarifa plena, incluyendo el componente de generación.

**D)** Conforme al principio de carga dinámica de la prueba, solicito muy respetuosamente al Despacho que oficie a la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** para que aporte al plenario el documento CREG 017 de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**, y que se menciona en la primera página de la Resolución 078 de 2021 como el documento en donde se encuentra el soporte de la Resolución CREG 024 de 2021, incluyendo los criterios de revisión de la información, las bases de datos y los cálculos empleados por la Comisión para definir las variables aprobadas en esta resolución. Dicho documento se encuentra mencionado en la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **CREG**; no obstante, no se encuentra publicado en internet o en la página web de la **CREG**.

**E)** Teniendo el carácter meramente técnico de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**, muy respetuosamente, se solicita al Despacho que cite en audiencia a los asesores técnicos de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** que intervinieron en la creación y expedición de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021, para que rindan interrogatorio de partes y/o testimonio sobre los hechos de la demanda. Teniendo en cuenta que los nombres y dirección de notificaciones de estos expertos no aparecen en el acto administrativo demandado, se solicita al Despacho, muy comedidamente, que oficie a la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** para que aporte dicha información al proceso.

**F)** Teniendo el carácter meramente técnico de la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**, muy respetuosamente se solicita al Despacho, considerando el artículo 218 y subsiguientes del CPACA, que decrete prueba pericial y designe perito

experto en el tema que deba rendirlo, con el objeto de que se pronuncie sobre:

61

- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros retroactivos de emolumentos no facturados antes de la entrada en vigencia de dicha resolución.
- ¿En qué consiste y que resuelve la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**?
- Aclare, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, en qué consiste y cuál es el cobro retroactivo que permite realizar la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**.
- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros a usuarios de emolumentos, bienes y servicios de los cuales nunca se beneficiaron, tales como pérdidas de energías.
- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza a AIR-E S.A.S E.S.P. para realizar cobros retroactivos de antes del 01 de octubre de 2020.
- Aclare, afirmando o negando, de forma clara y sencilla, de tal forma que pueda ser entendida por el Despacho y las partes procesales, si la Resolución 078 del 24 de junio de 2021 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)** autoriza realizar el incremento tarifario sobre la tarifa plena, incluyendo el componente de generación.

Finalmente, se hace necesario resaltarle al Despacho que las inquietudes que se solicita respondan tanto el perito, como el representante de la **CREG**,

y la comisión de expertos de la **CREG**, son procedentes, toda vez de que no se tratan de inquietudes sobre puntos de derecho, sino sobre aspectos meramente técnicos que es importante que el Despacho tenga claros al momento de resolver de fondo sobre la situación.

62

## 9. NOTIFICACIONES:

EL **DISTRITO DE BARRANQUILLA** recibe notificaciones en la Calle 34 No. 43-31, piso 8 en la ciudad de Barranquilla. Correos electrónicos: [notijudiciales@barranquilla.gov.co](mailto:notijudiciales@barranquilla.gov.co) y [atencionalciudadano@barranquilla.gov.co](mailto:atencionalciudadano@barranquilla.gov.co)

La **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)**<sup>12</sup> recibirá notificaciones en el correo electrónico [notificaciones1@creg.gov.co](mailto:notificaciones1@creg.gov.co) y [notificaciones.judiciales@creg.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@creg.gov.co)

El **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA**<sup>13</sup> recibirá notificaciones en el correo electrónico [notijudiciales@minenergia.gov.co](mailto:notijudiciales@minenergia.gov.co)

Los mencionados correos electrónicos aparecen en las páginas web oficiales de las entidades mencionadas, conforme al artículo 197 del CPACA, que establece:

*“ARTÍCULO 197. DIRECCIÓN ELECTRÓNICA PARA EFECTOS DE NOTIFICACIONES. Las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante esta jurisdicción, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales.*

<sup>12</sup> <https://www.creg.gov.co/sala-juridica/notificaciones/notificaciones-judiciales/notificaciones-judiciales>

<sup>13</sup> <https://www.minenergia.gov.co/notificaciones-judiciales>

*Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico.”*

63

Asimismo, conforme al inciso 5 del artículo 199 del CPACA, el correo de notificaciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es [procesosnacionales@defensajuridica.gov.co](mailto:procesosnacionales@defensajuridica.gov.co)

Atentamente,



**JAIME PUMAREJO HEINS**

CC. No. 72.257.343 de Barranquilla (Atl).

Alcalde Mayor del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.