**CONSEJO DE ESTADO - Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 57 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010 y 132 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para conocer, en segunda instancia, de los recursos de apelación en contra de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las acciones populares.

**ACCIÓN POPULAR - Finalidad**

La acción popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, desarrollada por la Ley 472, tiene como finalidad exclusiva la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio e incluso un daño contingente, derivado de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Dicha acción busca que la comunidad pueda disponer de un mecanismo judicial para la protección efectiva, de forma rápida y sencilla, de sus derechos colectivos cuya amenaza o vulneración debe necesariamente probarse para la procedencia del amparo.

**ACCIÓN POPULAR - Presupuestos**

Por la finalidad que persigue la acción popular y en virtud a su configuración normativa, se tienen entonces, como presupuestos de una eventual sentencia estimatoria, los siguientes: Una acción u omisión de la parte demandada; Que para la época en que se dicte la sentencia se presente daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; Que se demuestre la relación de causalidad entre la acción o la omisión y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.

**ACCIÓN POPULAR - Improcedente - Protección de intereses subjetivos - Indemnización económica**

Por lo tanto, en vista de que la presente acción popular no tiene como propósito la protección de derechos colectivos, la misma resulta improcedente. (…) Asimismo, la Sala se percata que la pretensión establecida en el numeral 2.2., persigue la indemnización de perjuicios materiales e inmateriales, lo que reafirma la conclusión a la cual se llegó líneas atrás en relación con la improcedencia de la acción popular incoada. Evidentemente, esta clase de acción constitucional no tiene un carácter indemnizatorio y, sin embargo, el actor popular pretende que “[…] se le condene a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. por los perjuicios materiales e inmateriales irrogados a la NACIÓN COLOMBIANA con ocasión a los servicios prestados en las Zonas Especiales ubicadas en el D.E.I.P. de Barranquilla y el Municipio de Soledad […]” (fol. 32 del Cuaderno Ppal.).

**CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Terminación unilateral de un contrato**

Con base en lo antes anotado se desprende que, en el presente caso, la parte actora omitió indicar, con suficiencia, las razones por las cuales se consideran vulnerados o amenazados los derechos colectivos cuya protección solicita y, además, se evidencia que lo que pretende PROMIANDINA S.A. es que se efectúe un análisis propio de la acción de controversias contractuales, pues la controversia surge de la terminación unilateral de un contrato y no de la vulneración de un derecho colectivo. Así las cosas, se pone de manifiesto que son los intereses subjetivos e individuales de la sociedad PROMIANDINA S.A., en calidad de contratista, los que se pretende sean objeto de tutela judicial, desnaturalizándose así la finalidad de la acción instaurada, en tanto que el control de la actividad contractual es competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control de controversias contractuales. (…) En el caso sub examine, no se acreditó el cumplimientos de los presupuestos consagrados en el inciso 2º de mencionado artículo 30 y, por consiguiente, era el propio actor quien debía allegar los medios necesarios para el convencimiento del juez, sin que fuera admisible que la autoridad judicial impartiera unas órdenes dirigidas a suplir su inactividad en materia probatoria. En conclusión, de los medios probatorios obrantes en el expediente no se puede concluir, que efectivamente ocurrieron los hechos narrados en la demanda ni que se configuró la eventual violación de derechos colectivos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 08001-23-31-000-2010-01160-02(AP)**

**Actor: PROMIANDINA S.A.**

**Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS**

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 9 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se declaró improcedente la acción popular.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1. LA DEMANDA**

Mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2010 (fol. 1 a 307, cdno. Ppal.), el apoderado de la sociedad **PROMIANDINA S.A.**, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Carta Política, reglamentada por la Ley 472 del 5 de agosto 1998[[1]](#footnote-1), presentó demanda contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA,** la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** y la sociedad **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, con miras a lograr la protección de los derechos colectivos establecidos en los literales b), e), j), l) y n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, para lo cual formuló las siguientes pretensiones:

*“I. Que se ordene el amparo de los derechos e intereses colectivos a la defensa del patrimonio público, moralidad administrativa, seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y los derechos de los consumidores y usuarios, conculcados por las actuaciones activas y omisivas de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.*

*II. Que en el caso de encontrarse un inadecuado manejo de los recursos del FOES (Fondo de Energía Social) por parte de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., con ocasión a los medios de pruebas obtenidos en el presente proceso, se disponga judicialmente en la sentencia:*

*2.1.- La suspensión de los giros pagos* (sic) *y demás trámites administrativos que se vienen desarrollando ante esas autoridades para cancelarle los recursos del FOES (Fondo de Energía Social) a la empresa de servicios públicos ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.*

*2.2.- Se le condene ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. por los perjuicios materiales e inmateriales irrogados a la NACIÓN COLOMBIANA con ocasión a los servicios prestados en las Zonas Especiales ubicadas en el D.E.I.P. de Barranquilla y el Municipio de Soledad (Atlántico).*

*2.3. De conformidad con el artículo 1525 del Código Civil se declare judicialmente que ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. no podrá repetir contra SPC-Ltda y la NACIÓN COLOMBIANA especialmente contra las siguientes entidades: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, DISTRITO DE SANTA MARTA Y LOS MUNICIPIOS DE CIENAGA Y ZONA BANANERA, la cantidad de dinero que hubiere invertido en el desarrollo de este proyecto o a la que se le hubiere obligado cancelar con ocasión a su actuación ilícita.*

*III. Se ordene compulsar copia de la sentencia con destino a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, respectivamente, a fin de que se investigue dentro del marco de competencia de cada una de esas entidades, las eventuales responsabilidades penales, disciplinarias y fiscales de los servidores públicos que presiden el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, así como a la empresa contratista ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., lo anterior como consecuencia ineludible de la afectación producida al erario colombiano.*

*IV. Que se imponga a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, la obligación de pagar a favor del actor popular, el monto del incentivo de que tratan los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 en una cantidad proporcional al daño generado por su conducta y al consecuente beneficio que genera su correctivo y se le condene en costas y demás perjuicios a que haya lugar.*

*V. Las demás el honorable Juez Popular en virtud del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, considere como necesarias a efectos de optimizar los derechos e intereses colectivos conculcados.”* (fol. 32 y 33, cdno. Ppal).

**1.2. LOS HECHOS EN LOS QUE SE FUNDA LA ACCION**

1.2.1. La sociedad PROMIANDINA S.A., se reorganizó empresarialmente el 14 de marzo de 2003 con el propósito de constituirse como suscriptor comunitario, en virtud de lo dispuesto en la Ley 812 del 26 de junio de 2003[[2]](#footnote-2) y en el Decreto 3735 del 19 de diciembre 2003[[3]](#footnote-3).

1.2.2. La sociedad PROMIANDINA S.A., obtuvo el reconocimiento como suscriptor comunitario por las comunidades de la localidad Murillo Sur Occidente de Barranquilla y del municipio de Soledad - Atlántico.

1.2.3. Entre la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P., en adelante ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., y PROMIANDINA S.A. se suscribió el Contrato CONT-CO-CA-004-06, cuyo objeto es el siguiente:

*“[…] El contratista se obliga, bajo su plena responsabilidad técnica y directiva, a prestar los servicios de ejecución de órdenes de servicio de Peticiones, Quejas y Reclamaciones, campañas de pérdidas, proceso de suspensión y reconexión (SCR), censo de alumbrado público y tv cable, prestación de servicios de trabajo comunitario, gestión de cobro, puntos de atención y pago, recaudo de pago de facturas por concepto de energía y terceros y consignación en bancos, actualización de información en barrios de los municipios descritos en la tabla de localidades con sus respectivos corregimientos y veredas en las condiciones descritas en el alcance del servicio y demás nexos del presente contrato.*

*EL CONTRATISTA deberá utilizar, bajo su directa dependencia laboral y responsabilidad, toda la mano de obra necesaria y proporcionar todas las herramientas, equipos, transporte, servicios e instalaciones necesarios, salvo los exceptuados expresamente en los Anexos de este contrato. Se incluyen todas las actividades indispensables inherentes y accesorias a dicho objeto, todo lo cual se denominará, en adelante los SERVICIOS”.*

1.2.4. Mediante escrito del 29 de agosto de 2007, la empresa ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. informó a la sociedad PROMIANDINA S.A., la decisión de dar por terminado el contrato CONT-CO-CA-004-06 a partir del 30 de septiembre de 2007.

1.2.5. El actor popular señala que ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., dio por terminado el contrato sin tener en cuenta que PROMIANDINA S.A., en su calidad de suscriptos comunitario, mantiene vigentes los acuerdos de Prestación de Servicios del municipio de Soledad – Atlántico.

1.2.6. Asimismo, se celebró entre ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. y PROMIANDINA S.A., un acuerdo de Prestación de Servicios de Energía – Zonas Especiales No. AT-030-003 para la zona de Barranquilla Sur.

**II-. ACTUACIONES EN PRIMERA INSTANCIA**

Mediante auto del 18 de enero de 2011[[4]](#footnote-4), el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda y ordenó las notificaciones correspondientes, las cuales fueron surtidas debidamente respecto de cada uno de los demandados y del agente del Ministerio Público.

Los demandados presentaron escritos de contestación de la demanda, en los cuales se expusieron los siguientes argumentos y excepciones:

* La sociedad ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.,[[5]](#footnote-5) señaló que es improcedente la acción popular pues se refiere a un conflicto de carácter contractual y no persigue la protección de derechos colectivos. Asimismo, hizo énfasis en que las pretensiones planteadas por el actor son *“[…] de carácter particular, propias de un proceso ordinario, las cuales no pueden tramitarse mediante la acción popular”.*
* La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS[[6]](#footnote-6) señala que no se demostró por parte del actor popular la vulneración de derechos colectivos. De otra parte, propone las siguientes excepciones: *(i)* *falta de legitimación en la causa por pasiva,* por considerar que la *litis* versa sobre unos hechos ajenos a las funciones de inspección, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios, en tanto que la acción gira en torno a la transferencia de recursos por parte del FOES, asunto que está en cabeza del Ministerio de Minas y Energía.; *(ii)* *improcedencia de la acción popular*, puesto que en su criterio lo que se busca es la protección de un derecho subjetivo por vía de la acción popular y este asunto no se debe ventilar a través de esa acción.
* El MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA[[7]](#footnote-7) dirigió sus argumentos de defensa a alegar, de un lado, que no se acreditó la vulneración de derechos colectivos y, del otro, propuso la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva,* por cuanto el Ministerio tiene a su cargo la formulación de políticas para el sector energético y, en consecuencia, escapa a su ámbito de competencia la vigilancia de la distribución de los recursos del FOES.

Posteriormente, mediante auto del 3 de mayo de 2011 (fol. 373, cdno. Ppal), el *a – quo* citó a las partes a la audiencia especial de que trata el artículo 27 de la Ley 472.

**La audiencia se celebró el día 21 de agosto de 2012 (fol. 451 a 454, cdno. Ppal) y se declaró fallida por no haberse alcanzado ningún acuerdo.**

**III-. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

Mediante providencia del 9 de junio de 2014 (fol. 647 a 660, cdno. Ppal.), el Tribunal Administrativo del Atlántico profirió la siguiente decisión:

*“[…] PRIMERO.- Declárase la improcedencia de la acción popular.*

*SEGUNDO.- Niégase el reconocimiento del incentivo al actor popular, de conformidad con lo expuesto.*

*TERCERO.- Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.*

*CUARTO.- Por Secretaría, remítase copia de esta providencia en firme, al señor Defensor del Pueblo, para los fines señalados en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998”.*

El *a-quo* fundamentó su decisión en las siguientes razones:

* Que en el presente caso se discute la inconformidad con la terminación de un contrato y, por tanto, el Tribunal considera que los hechos controvertidos no son objeto de resolución por parte de este tipo de acciones constitucionales, sino que se debió acudir a la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo.
* Que la acción popular no se instituyó como un mecanismo paralelo a los de control contencioso administrativo y pretender lo contrario, sería desarticular la estructura funcional del Estado.
* Que de las pruebas allegadas al proceso no se desprende la vulneración de ningún derecho colectivo.
* Que *“[e]n el presente caso, se discute la inconformidad con la terminación de un contrato y como consecuencia la vulneración de los derechos colectivos; entonces, por lo que, esta corporación considera que los hechos controvertidos no son objeto de resolución por parte de este tipo de acciones constitucionales, pues, corresponde definirlos al juez contencioso administrativo por vía de la acción que, según el Código Contencioso Administrativo es la relativa a contratos […]”.*

**IV-. RECURSO DE APELACIÓN**

La sociedad PROMIANDINA S.A. interpuso recurso de apelación[[8]](#footnote-8) contra el fallo del Tribunal Administrativo del Atlántico, encaminado a solicitar la revocatoria de la sentencia y, en su lugar, se emita un pronunciamiento de fondo en relación con la demanda presentada.

Como fundamento de la impugnación la parte recurrente señaló:

* Que, contrario a lo dicho por la Magistrada Ponente, de las denuncias y hechos en los que se fundamenta la demanda, resulta evidente que el propósito de la misma es, única y exclusivamente, salvaguardar los derechos colectivos cuya protección se solicita.
* Que *“[…] al margen de la relación contractual que pudo haber tenido con anterioridad PROMIANDINA S.A. con ELECTRICARIBE S.A., la Magistrada ponente NADA DICE frente a cuáles son las verdaderas razones por la cuales la citada empresa prestadora de servicios públicos ha venido desarticulando el esquema de “Normalización de Redes Eléctricas” y “Los Esquemas Diferenciales de Prestación de Servicios”.*
* Que la pretensión formulada en el numeral 2.3. del acápite respectivo de la demanda, resulta ser *“[…] una simple inconsistencia al momento de transcribir la misma”.*
* Que *“[…] una vez expuestos los hechos de la demanda respectiva, es por vía simple colegir que existe una afectación ostensible de intereses y derechos colectivos, pues, a ciencia y paciencia de los órganos estatales demandados, la accionada ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., viene ejecutando programas de normalización de redes eléctricas y los esquemas diferenciales del servicio público domiciliario de energía eléctrica en los sectores discriminados en el libelo, dejando por fuera del esquema contractual al legítimo SUSCRIPTOR COMUNITARIO (PROMIANDINA S.A.), con lo cual se rebela contra la ley causando daño a intereses colectivos”.*

**V-. ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto del 29 de febrero de 2016 (fol. 676, cdno. Ppal.), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, además, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que en el término de diez (10) días presentaran sus alegatos de conclusión.

La SUPERINTENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS y el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA guardaron silencio.

La sociedad PROMIANDINA S.A., dentro del término para alegar, designó como apoderada a la doctora DIANA PAOLA ARIZA DOMINGUEZ[[9]](#footnote-9) y allegó escrito mediante el cual expuso sus consideraciones finales, las cuales reiteraron, en gran medida, las expuestas en el escrito de la demanda.

Por su parte, la sociedad ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., a través de apoderado, presentó escrito contentivo de las alegaciones finales[[10]](#footnote-10), en el cual planteó lo siguiente:

* Que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia, tiene como finalidad corregir la demanda y, en este sentido, hace esfuerzo por precisar el objeto del debate; agregó que *“[…] de ser admitida la “corrección” contenida en la apelación se corre el riesgo de violar el principio de congruencia, toda vez que una confrontación de lo expuesto en la apelación frente a los hechos de la demanda, deja traslucir que entre uno y otro, no existe la debida correspondencia, por cuanto los hechos de la demanda están referidos a una controversia de tipo contractual”.*
* Que la apelación se ocupa de determinar cuál era el texto “real” de la pretensión 2.3 y así mismo cuál era su correcta forma de interpretación, lo cual no tiene entidad para reprochar la sentencia impugnada, *“[…] dado que el A QUO analizó y resolvió la demanda a la luz de lo planteado en ella sin que estuviera en sus manos enmendar pretensiones incorrectas o intuir el sentido real de la misma como se plantea en la apelación”.*
* Que la presente acción popular debía ser declarada improcedente por estar referida a una situación contractual subjetiva que no involucra en forma alguna la protección de derechos colectivos.
* Que no se probó la vulneración de los derechos colectivos señalados por el demandante.

Posteriormente, mediante auto del 18 de mayo de 2017[[11]](#footnote-11), el Despacho Sustanciador ordenó la notificación personal de la existencia del proceso a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, al doctor JAVIER LASTRA FUSCALDO, en calidad de agente especial, y a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., a efectos de dar cumplimiento a la Resolución SSPD-2016000062785 del 14 de noviembre de 2016, expedida por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, conforme a la cual *“[…] no se podrá iniciar ni continuar proceso o actuación alguno contra la intervenida* [ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.] *sin que se notifique personalmente al agente especial, so pena de nulidad […]”[[12]](#footnote-12).*

Las notificaciones se efectuaron por parte de la Secretaría General el 24 de mayo de 2014, tal y como consta en el expediente en los folios 780 a 788 del Cuaderno Principal.

**VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuraduría Séptima Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto[[13]](#footnote-13) en el cual señaló lo siguiente:

*“[…] Ésta Agencia del Ministerio Público considera en el mismo sentido que lo hizo el Tribunal de Instancia, que lo pretendido por el actor popular es buscar un beneficio propio en atención a un contrato suscrito con ELECTRICARIBE y no así garantizar derechos e intereses colectivos de alguna comunidad en particular.*

*En efecto, no obstante que en las pretensiones de la demanda se indica que lo que se busca es la protección de los derechos e intereses colectivos a la defensa del patrimonio público, moralidad administrativa, seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, así como los derechos de los consumidores y usuarios, en los hechos de ella solamente se refiere a temas contractuales que son los que en definitiva dan origen a la acción incoada.*

*[…]*

*Como se puede apreciar, el actor no busca o buscaba con este medio de control, preservar derechos colectivos tales como la moralidad administrativa, patrimonio público, acceso a los servicios públicos domiciliarios y a que su prestación sea eficiente y oportuna, seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, ni el de los derechos de los consumidores, pues de los hechos expresados en su demanda no puede extraerse ninguna conculcación de éstos, sino simplemente una pretensiones de índole contractual en atención a un contrato por ella suscrito con ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., el cual le fue terminado de manera unilateral y posteriormente le fue adjudicado a otra persona jurídica.*

*Razón por la cual si bien es cierto consideramos que la acción popular es de carácter principal como lo indica el apelante, lo cierto es que mediante ella no puede desvirtuarse el control ordinario instituido a efectos de lograr la solución de conflictos; ciertamente, para lograr lo pretendido por el actor éste cuenta con la acción contractual. Cosa diferente sería el caso de que con la acción popular se pretendiera garantizar un derecho colectivo que ha sido conculcado por un contrato estatal.*

*[…]*

*El carácter principal de la acción popular está subordinado a que el móvil sea efectivamente la protección y tutela de derechos de alcance colectivo, habida cuenta que esta acción constitucional está diseñada para la defensa especial de los derechos e intereses de la comunidad y, por lo mismo, su procedencia está supeditada a que se busque la protección de un bien jurídico diferente al subjetivo: los intereses difusos o colectivos o supraindividuales, de pertenencia difusa que dan lugar a una legitimación colectiva en cabeza de la comunidad, bienes que son a la vez de cada uno y de todos como un remedio procesal colectivo frente a agravios y perjuicios públicos en palabras de Sarmiento Palacio.*

*[…]*

*Ahora, si bien es cierto que a través de la acción popular se ha permitido anular contratos estatales, ello solamente procede cuando el actor logra probar dentro del medio de control que, en efecto, a raíz de dicho contrato se encuentra conculcado o vulnerado un derecho de estirpe colectiva, cosa que no sucede en el sub lite, pues, se repite, la prueba que lleve a demostrar la vulneración de los derechos cuya alegación realiza el actor popular es inexistente.*

*[…]*

*Conforme lo precedente y especialmente el carácter principal y autónoma de la acción popular ha considerado la Sección Tercera del Consejo de Estado, que a través de dicha acción es posible examinar su nulidad, cuando la fuente productora de la amenaza o vulneración del derecho o interés colectivo, sea el contrato estatal; cosa que no sucede en el sub examine, como atrás quedó dicho.*

*[…]*

*Ahora, a pesar de que el actor señala en su apelación que lo que en realidad pretende es la protección de los dineros del recaudo de los recursos del FOES, dicho argumento no es fácilmente inferible de los hechos de la demanda incoada.*

***Con fundamento en lo antes expuesto esta Agencia del Ministerio Público, respetuosamente solicita a la H. Sección Primera del Consejo de Estado que confirme el fallo del 09 de junio de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico que declaró la improcedencia de la acción popular.”*** (negrita fuera de texto)

**VII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**7.1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 57 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010[[14]](#footnote-14) y 132 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para conocer, en segunda instancia, de los recursos de apelación en contra de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las acciones populares.

**7.2. Naturaleza, características y procedencia de la Acción Popular**

La acción popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, desarrollada por la Ley 472, tiene como finalidad exclusiva la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio e incluso un daño contingente, derivado de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Dicha acción busca que la comunidad pueda disponer de un mecanismo judicial para la protección efectiva, de forma rápida y sencilla, de sus derechos colectivos cuya amenaza o vulneración debe necesariamente probarse para la procedencia del amparo.

En cuanto hace referencia a su configuración normativa, de las reglas contenidas en los artículos 1º, 2º, 4º y 9º de la citada Ley 472, se desprende que son características de la acción popular, las siguientes:

a) Está dirigida a obtener la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva;

b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses;

c) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de protección mediante el ejercicio de este medio de control, son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, en las leyes y en los tratados celebrados por Colombia;

d) Su objetivo es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible;

e) Es una acción pública, esto es -como mecanismo propio de la democracia participativa- puede ser ejercida por “toda persona” y además, para afianzar pedagógicamente un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los personeros y los servidores públicos.

f) No tiene carácter sancionatorio respecto de aquel contra quien se dirijan las pretensiones y, eventualmente, recaiga la sentencia estimatoria.

g) No ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo, se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudirse a las acciones pertinentes.

h) Por la finalidad que persigue la acción popular y en virtud a su configuración normativa, se tienen entonces, como presupuestos de una eventual sentencia estimatoria, los siguientes:

* Una acción u omisión de la parte demandada;
* Que para la época en que se dicte la sentencia se presente daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos;
* Que se demuestre la relación de causalidad entre la acción o la omisión y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.

**7.3. La improcedencia de la acción popular en el caso concreto**

En el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, el actor popular interpuso la acción en aras de, según su dicho, proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos, a la seguridad y prevención de desastres, así como los derechos de los consumidores.

En la demanda el actor popular señaló que el origen de la vulneración de los derechos colectivos radica en la terminación unilateral del contrato de prestación de servicios CONT-CO-CA-004-06, suscrito entre ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. y la sociedad PROMIANDINA S.A., así como en el hecho que dicha sociedad, sin fundamento contractual alguno, continuó *“[…] gestionando ante las autoridades del orden nacional y local el cobro de los recursos del FOES (Fondo de Energía Social)”.*

Con el ánimo de precisar el objeto de la *litis*, en el escrito de demanda se pusieron de presente una serie de consideraciones preliminares dirigidas a brindar el contexto fáctico y normativo relacionado con la prestación del servicio de energía eléctrica en Zonas de Difícil Gestión (Decreto 3735 de 19 de diciembre de 2003[[15]](#footnote-15)), en tanto que es en ese ámbito que se suscitó la celebración del antedicho negocio jurídico.

En cuanto al recuento fáctico pormenorizado efectuado en la demanda se debe resaltar que, en su mayor parte, los señalamientos contenidos en el acápite de los hechos guardan relación con la génesis, celebración y posterior terminación del vínculo contractual surgido del contrato de prestación de servicios CONT-CO-CA-004-06 entre la sociedad PROMIANDINA S.A. y la sociedad ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. Ahora bien, en cuanto a la vulneración de los derechos colectivos cuya protección se pretende, el actor popular únicamente se refirió a este asunto en el hecho 24, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“24. Adicional a las irregularidades antes esbozadas, y que como inveteradamente hemos señalado, están generando una afrenta a los derechos e intereses colectivos de la MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIO PÚBLICO, es preciso señalar que también se están causando irregularidades de tipo técnico, pues el servicio se presta de manera inoportuna y en condiciones de inseguridad, al punto, de ocasionar inclusive, consecuencias mortales, tales como las presentes en el mes de Septiembre del año 2009, en las que en menos de dos (2) días, murieron tres (3) personas en el Atlántico, entre ellas, una mujer en estado de embarazo y un niño de cuatro años de edad, quienes según lo informado en la prensa, se encontraban en sus viviendas localizadas en sectores catalogados como especiales o de difícil gestión, y con ocasión a unas sobrecargas eléctricas perdieron la vida al hacer contacto con sus electrodomésticos.*

*El anterior, un hecho que se encuentra igualmente ratificado por las denuncias públicas que se han presentado por algunas agremiaciones como la Asociación Colombiana de Ingenieros – ACIEM contra la empresa ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., consistentes en la vulneración que actualmente esta última viene haciendo al Reglamento Técnico de Instalaciones (RETIE) y la utilización de elementos técnicos peligrosos que generan trampas mortales para la comunidad en general. Y en ese sentido, se está generando igualmente una amenaza y vulneración a los derechos e intereses colectivos relativos al ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y A SU PRESTACIÓN EFICIENTE Y OPORTUNA, la SEGURIDAD Y PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES TÉCNICAMENTE y los DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS”* (Folio 22 del Cuaderno Ppal.) .

De otra parte, el actor popular se pronunció respecto de la producción del daño antijurídico en los siguientes términos:

*“[…] la situación generada actualmente por parte de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., en el sentido de terminar unilateralmente el contrato (CONT-CO-CA-004-06), y no haber generado hasta la fecha ni la liquidación y/o prorroga del mismo, sin lugar a dudas, ha generado de parte de ésta una vulneración a las disposiciones contenidas en los Decretos Nos. 3735 de 2003 (arts. 18 y 18)* (sic) *y 4978 de 2007 (art. 12- Par.), pues viene dicho de los acápites anteriores, para que los Operados de Redes de Energía Eléctrica y los Comercializadores de Energía Eléctrica –como es el caso de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.- pudiere aplicar uno o varios de los esquemas diferenciales reglamentados, resulta necesario que la misma celebre previamente un acuerdo con el SUSCRIPTOR COMUNITARIO, que lógicamente deberá ser aquella persona jurídica que es elegida o designada por la comunidad y que en ese sentido ha obtenido el reconocimiento del Alcalde Municipal o Distrital, según sea el caso. El anterior, un aspecto no menor en este tipo de relaciones negociales, pues auscultando el sistemática y teleológicamente el marco regulatorio de las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica para estos casos, se tiene que resulta indispensable que los acuerdos celebrados se suscriban únicamente por la empresa que organizada bajo la forma de un suscriptor comunitario hubiere recibido previamente la acreditación de la comunidad catalogada como especial.*

*De igual manera, constituyen supuestos generadores de antijuricidad en el sub lite, el hecho que la empresa ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., para el pago de los recursos provenientes del FOES (Fondo de Energía Social), se encuentre realizando gestiones ante las autoridades del Orden Nacional (Ministerio de Minas y Energía) y Local (Municipalidades) haciendo ver para el efecto: i) Que las condiciones del suscriptor comunitario de las Zonas Especiales de Barranquilla Sur y Soledad supuestamente se respetan, cuando en realidad dicha situación no es cierta, pues tal y como les ha venido señalando a lo largo y ancho de esta acción popular, hasta la fecha no se han prorrogado los efectos jurídicos del pluricitado contrato, ni mucho menos se han adelantado por parte de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., actuaciones tendientes a solucionar los diferendos con la empresa PROMIANDINA S.A., teniendo en cuenta que esta última es la única que se encuentra debidamente acreditada por la comunidad para la realización de los servicios de suscriptor comunitario; ii) Porque a pesar de que ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., ha querido desdibujar la realidad sobre las verdaderas relaciones negociales, señalando que la prestación se está tercerizando para efectos de cumplir con un nuevo esquema de eficiencia diseñado por esa compañía, lo cierto es que dicha situación no se acompasa con la realidad, como quiera que con su actuar negativo pretenden desatender el control y buen servicio prestado por PROMIANDINA S.A., pues como se ha dicho, durante la ejecución del negocio jurídico hasta el momento desarrollado, nunca ha dado lugar a la configuración de alguna causal de terminación de los contratos”*( Folios 27 y 28 del Cuaderno Ppal.).

Con base en lo antes anotado se desprende que, en el presente caso, la parte actora omitió indicar, con suficiencia, las razones por las cuales se consideran vulnerados o amenazados los derechos colectivos cuya protección solicita y, además, se evidencia que lo que pretende PROMIANDINA S.A. es que se efectúe un análisis propio de la acción de controversias contractuales, pues la controversia surge de la terminación unilateral de un contrato y no de la vulneración de un derecho colectivo.

Así las cosas, se pone de manifiesto que son los intereses subjetivos e individuales de la sociedad PROMIANDINA S.A., en calidad de contratista, los que se pretende sean objeto de tutela judicial, desnaturalizándose así la finalidad de la acción instaurada, en tanto que el control de la actividad contractual es competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control de controversias contractuales.

Por lo tanto, en vista de que la presente acción popular no tiene como propósito la protección de derechos colectivos, la misma resulta improcedente, pues como bien lo ha precisado esta Sección, *“[…] cuando el actor pretende la protección de intereses subjetivos la acción popular es improcedente, toda vez que la naturaleza de tal mecanismo judicial busca la protección de derechos e intereses colectivos y no de intereses particulares”[[16]](#footnote-16).*

Asimismo, la Sala se percata que la pretensión establecida en el numeral 2.2., persigue la indemnización de perjuicios materiales e inmateriales, lo que reafirma la conclusión a la cual se llegó líneas atrás en relación con la improcedencia de la acción popular incoada.

Evidentemente, esta clase de acción constitucional no tiene un carácter indemnizatorio y, sin embargo, el actor popular pretende que “*[…] se le condene a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. por los perjuicios materiales e inmateriales irrogados a la NACIÓN COLOMBIANA con ocasión a los servicios prestados en las Zonas Especiales ubicadas en el D.E.I.P. de Barranquilla y el Municipio de Soledad […]”* (fol. 32 del Cuaderno Ppal.).

Al respecto, se debe precisar que si bien en virtud del inciso 1º del artículo 34 de la Ley 472, se admite que en la sentencia que acoja las pretensiones del demandante se pueda condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo, también es cierto que la norma limita su pago a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. Entonces, no resulta procedente por vía de la acción popular obtener el reconocimiento de la indemnización de perjuicios en favor del demandante, pues esto escapa a la esencia de este medio de control.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-215 de 1999, en la cual estudió los cargos de inconstitucionalidad formulados contra el artículo 34 de la Ley 472, consideró que la indemnización de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable está ligada al carácter restitutorio de las acciones populares y descartó, de esta manera, una eventual finalidad indemizatoria, tal y como da cuenta el siguiente fragmento de la antedicha sentencia:

*“[…] Para dar respuesta al otro cargo de inconstitucionalidad formulado contra la citada disposición, es necesario examinar en su conjunto el contenido normativo esencial del precepto impugnado. El inciso primero del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, establece cuales son las distintas órdenes que puede proferir el juez en relación con las acciones populares : a) Orden de hacer o de no hacer ; b) Condena al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable* ***que los******tenga a su cargo ;*** *c) Realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible ; y d) Monto del incentivo para el actor popular.*

*Encuentra la Corte que no es de recibo el reparo del actor respecto de la indemnización en favor de la entidad no culpable, en cuanto en su criterio, vulnera el debido proceso, pues si bien se observa, del contenido de la norma en mención no puede deducirse que esté excluyendo la responsabilidad de los agentes de esa institución, toda vez que la disposición se refiere precisamente a la entidad “no culpable”, que además tiene a su cargo la defensa de los derechos e intereses colectivos cuya vulneración se busca reparar. De igual manera, el legislador pretende con esta medida, garantizar los recursos necesarios para que dicho organismo adelante las gestiones pertinentes destinadas a reparar los perjuicios causados a los intereses y derechos afectados, como quiera que esas entidades son las encargadas de propender por la defensa y protección de éstos.*

*Ahora bien, el carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente, la orden judicial de restablecer cuando ello fuere físicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho. El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aún, cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario”.*

Por tanto, al perseguir el actor la obtención de una indemnización económica por la vía de una acción restitutoria, se reafirma la posición en cuanto a la improcedencia de la acción popular en el caso bajo análisis.

Ahora bien, a pesar que las anteriores consideraciones resultan suficientes para despachar negativamente el recurso de alzada, la Sala considera que si, en gracia de discusión, se concluyera que se encuentran comprometidos derechos de naturaleza colectiva, es pertinente precisar que su amenaza o vulneración no ha sido acreditada plenamente en el expediente.

En tal sentido, no se debe perder de vista que, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 472, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos incumbe al actor y este solo será relevado de dicha carga en los eventos en que existan razones de orden económico o técnico que le impidan su cumplimiento.

En el caso *sub examine*, no se acreditó el cumplimientos de los presupuestos consagrados en el inciso 2º de mencionado artículo 30 y, por consiguiente, era el propio actor quien debía allegar los medios necesarios para el convencimiento del juez, sin que fuera admisible que la autoridad judicial impartiera unas órdenes dirigidas a suplir su inactividad en materia probatoria.

En conclusión, de los medios probatorios obrantes en el expediente no se puede concluir, que efectivamente ocurrieron los hechos narrados en la demanda ni que se configuró la eventual violación de derechos colectivos. En ese orden de ideas, la Sala descarta la ocurrencia de omisiones o acciones por parte del **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** yde la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS,** que puedan considerarse como la causa que atente, amenace o vulnere los intereses colectivos.

En virtud de lo antes expuesto, la Sala encuentra que al dirigirse las pretensiones a obtener la protección de los intereses subjetivos de la sociedad PROMIANDINA S.A. y, además, por perseguir una indemnización económica, la acción popular no resulta ser la procedente para dirimir la presente controversia y, en consecuencia, la Sala confirmará el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Atlántico el 9 de junio de 2014.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 9 de junio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Téngase a la doctora **DIANA PAOLA ARIZA DOMINGUEZ**, como apoderada de la sociedad **PROMIANDINA S.A.**, de conformidad con el poder obrante en los folio 739 del expediente.

**ARTÍCULO TERCERO: REMITIR** copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

**ARTÍCULO CUARTO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriado este proveído.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

 **Presidente**

 **HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

1. *“Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Por medio del cual se reglamentan los artículos 63 y 64 de la Ley 812 de 2003, en relación con el programa de normalización de redes eléctricas y los esquemas diferenciales de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y se dictan otras disposiciones”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 310 del Cuaderno Principal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 324 a 332 del Cuaderno Principal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 352 a 362 del Cuaderno Principal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 363 a 368 del Cuaderno Principal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 664 a 670 del Cuaderno Principal. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 739 del Cuaderno Principal. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 681 a 709 del Cuaderno Principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 779 del Cuaderno Principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Literal e) del artículo 3º de la Resolución SSPD-2016000062785 del 14 de noviembre de 2016. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 769 a 776 del Cuaderno Principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. *“por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. *“Por medio del cual se reglamentan los artículos 63 y 64 de la Ley 812 de 2003, en relación con el programa de normalización de redes eléctricas y los esquemas diferenciales de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y se dictan otras disposiciones”.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 19 de noviembre de 2009, Radicación Num. 2004-01492-01(AP), Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. [↑](#footnote-ref-16)