



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada Ponente

SC347-2023

Radicación: 08001-31-03-010-2010-00129-01

(Aprobado en Sala de veintinueve de junio de dos mil veintitrés)

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Corte, en sede de instancia, a emitir sentencia sustitutiva dentro del proceso promovido por Efraín Arturo Botero Salazar contra Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.¹, teniendo en cuenta que mediante SC3047-2021 casó la sentencia de 19 de noviembre de 2018, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

I.- ANTECEDENTES

1.- En la demanda se solicitó declarar que la convocada ha utilizado continuamente una línea primaria de conducción de energía eléctrica de propiedad del accionante, instalada en el predio El Encanto y casa de la finca Alemania,

¹ Actualmente AIR-E S.A.S E.S.P., reconocida como sucesora procesal.

municipio de Zapayán – Magdalena. En consecuencia, se le condene a pagar la retribución por el uso de dicha línea, por el valor que resulte probado dentro del proceso.

Igualmente, declarar que la accionada utiliza la línea recibida de Electrificadora del Magdalena y construida por ésta en predio del accionante para conducir energía eléctrica a las poblaciones de Bálsamo, Punta de Piedra, Moler, Piedras Pintadas y Bomba, del Departamento del Magdalena; en consecuencia, condenarla a indemnizar los perjuicios inferidos por el uso de la línea construida en terreno de su propiedad y cedida a la demandada, en la cuantía que se establezca dentro del proceso.

Así mismo, condenar a la accionada a pagar al demandante intereses de mora a la tasa máxima legal sobre los valores adeudados por dichos conceptos, o en subsidio, la correspondiente corrección monetaria.

2.- El sustrato fáctico de la demanda se compendia de la siguiente manera:

En 1989 Efraín Arturo Botero Salazar, adquirió el derecho de dominio y posesión de la Finca Alemania, ubicada en el municipio de Zapayán - Magdalena, de folio inmobiliario 226-14132; a partir de octubre de 1990 con sus propios recursos construyó una línea de conducción de energía eléctrica primaria de 13.2 Kv, entre un lugar llamado El Encanto y la casa de la Finca Alemania, diseñada y construida en cable de aluminio # 2, de 3 fases, soportada

en postes de concreto de 12 metros con una longitud de 4.209 metros.

Electrificadora del Magdalena utilizó el tramo de línea construido por el demandante para interconectar una línea complementaria, construida también en parte en terrenos de su propiedad, para conducir energía eléctrica a las poblaciones de Bálsamo, Punta de Piedra, Moler, Piedras Pintadas y Bomba en la Ciénaga de Zapayán.

Mediante Escritura 2636 de 1998 de la Notaría 45 de Bogotá, Electrificadora del Magdalena cedió sus activos a Electricaribe S.A. E.S.P., conviniéndose que la segunda reemplazaría a la primera en la prestación del servicio público de energía eléctrica en el área del Departamento del Magdalena, por lo que la accionada ha hecho uso continuo de los activos de Efraín Botero Salazar en su labor de distribución y/o comercialización de ese servicio.

El accionante no ha recibido retribución por el uso de la línea de su propiedad, ni la indemnización por la construcción de la línea complementaria sobre sus terrenos, y aunque en distintas oportunidades ha formulado peticiones a dicha empresa en ese sentido, no ha recibido respuesta satisfactoria.

El artículo 69 de la Ley 142 de 1994, mediante la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en su numeral 69.2 creó la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) y en ejercicio de su

actividad reguladora, dicha comisión expidió la resolución 097 del 2008 por medio de la cual «*se aprueban los principios generales y la metodología para el establecimiento y de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local*», que resulta aplicable en este caso, pues regula en la actualidad el mismo campo que antes regularon las resoluciones CREG 155 de 1998 y 082 de 2002, acerca de la metodología para establecer los montos adeudados por el uso de la línea.

3.- Enterada de la demanda instaurada en su contra, la convocada se opuso a las pretensiones, como excepción alegó «*adquisición de buena fe y con justo título de las redes de distribución*»; y mediante demanda de reconvención, reclamó la prescripción adquisitiva de la servidumbre, además, denunció el pleito a varias entidades del Estado.

4.- El juzgador de primer grado negó la contrademanda y accedió a las pretensiones iniciales, tras considerar acreditados todos los supuestos jurídicos necesarios para conceder la remuneración reclamada, la que estimó en la suma de \$11.099.313.066.

5.- Al resolver el recurso de alzada formulado por la parte demandada, el Tribunal revocó la sentencia del *a quo*.

Para arribar a esa decisión consideró que, si bien fue acreditado el dominio que ostenta el actor respecto de la Finca Alemania, así como la existencia de la red privada y su conexión con la complementaria y que la convocada utiliza dicha línea sin pagar compensación alguna, no se

demonstraron los extremos fácticos para la aplicación de la «*fórmula reparatoria*» contenida en la Resolución 070 de 1998 de la Comisión Reguladora de Energía y Gas. Desde su punto de vista, el demandante no probó en qué fecha se construyó el «*ramal complementario*», ni el flujo de energía que se trasladaba a la población vecina, dado que la prueba pericial no dio cuenta de esos aspectos y tampoco existía constancia de requerimientos a la demandada para que suministrara información a los peritos.

6.- La parte demandante interpuso el recurso extraordinario que fue resuelto en sentencia SC3047-2021, por la cual la Corte casó el fallo del Tribunal.

7.- La sentencia de casación

El estudio del cargo se circunscribió a los reproches relacionados con la cuantía del perjuicio, por cuanto, al no haber sido cuestionados por la demandada los demás aspectos de la responsabilidad que fueron admitidos por el *ad quem*, debía entenderse no solo que los aceptó, sino que el juzgador no incurrió en ninguna falta al darlos por superados.

En síntesis, en el referido fallo la Sala estableció que el Tribunal incurrió en los errores probatorios denunciados por el recurrente como constitutivos de violación indirecta de normas sustanciales, toda vez que las conclusiones sobre la supuesta falta de demostración de la época de construcción del ramal complementario y de la cuantificación del valor del

uso del activo, se mostraban contraevidentes, yerros que se tornaron trascendentes pues de no haberse incurrido en ellos la decisión habría sido distinta.

Sin embargo, previo a dictar la sentencia de reemplazo, se estimó necesario ordenar pruebas de oficio, en ese sentido, se dispuso:

Por una parte, teniendo en cuenta que las tarifas de los periodos subsiguientes al 30 de junio de 2016, no se encuentran determinadas, el artículo 283, inciso 2º, ibídem, así lo impone. Y por otra, ante la polémica surgida alrededor de la variable CMMC, brindar la oportunidad para esclarecer el hecho a partir del 1º de enero de 1998, hasta la fecha, incorporando a las diligencias la información correspondiente. Lo primero estará a cargo de los peritos Juan Manuel Domínguez Padilla y Jonny Henry Castañeda Salazar; y lo segundo, deberá ser cumplido por la demandada, adicionando el valor total cargado a los usuarios en las “facturas tarifarias” por el uso del activo, desde la misma data, todo, en el término de veinte días.

Los expertos también cuentan con veinte días, contados una vez venza el señalado a la parte para suministrar la información. En la hipótesis de observarse lo solicitado, la cuantía, para todo el periodo, se establecerá, en la época del dictamen, paralelamente, una, con los datos del factor CMMC y demás datos suministrados, y otra, con los de la variable que, en sustitución, fue tenida en cuenta. De persistir la conducta omisiva, únicamente con esta última.

8.- Trámite posterior a la sentencia de casación

8.1.- Mediante memorial presentado el 20 de octubre de 2021, el apoderado de la convocada manifestó que, atendiendo el requerimiento efectuado en el fallo, aportaba los documentos relacionados como anexo², y por auto de 18

² Folio 189 – 190, cuaderno casación.

de febrero de 2022, se ordenó la incorporación al expediente de esa documental³.

8.2.- En noviembre de 2021, los peritos que rindieron el dictamen en la primera instancia, allegaron la actualización de su experticia⁴, en la cual concluyeron: «*Con base en lo anterior y de acuerdo con nuestros ajustes el valor que arroja el cálculo con las cifras de AIR-E ajustados sus errores regulatorios (cuando por ser menores resulten aplicables según la regulación), es de \$12.577.108.366*».

8.3.- La parte demandada presentó un dictamen de contradicción denominado «*Concepto regulatorio acerca de la remuneración por reconocer para activos declarados como de uso propiedad un tercero*»⁵, en el cual la experta presentó los cálculos de las anualidades que debe remunerar el OR al usuario propietario de activos, y afirmó que «*al aplicar el mecanismo propuesto de la Resolución CREG 070 de 1998*», arroja un total de \$128.976.605 como remuneración a favor del tercero calculada para el mes de junio de 2021, cuyos conceptos están discriminados en la tabla 9, comprendidos entre noviembre de 1998 y junio de 2021. De ese informe se corrió el correspondiente traslado, con pronunciamiento de la parte demandante, que, a su vez, acompañó otro concepto técnico para sustentar sus reparos frente al que se puso en conocimiento, enfatizando en que la parte demandada no cumplió lo ordenado en el fallo de casación.

³ Folio 202. *Ib.*

⁴ Folios 196 – 199, *ib.*

⁵ Folios 233-255, *ib.*

8.4.- Mediante auto de 2 de agosto de 2022, de conformidad con el inciso 3 del artículo 68 del Código General del Proceso, se admitió la sustitución procesal en la calidad de demandada, efectuada por Electricaribe SA. ESP, a favor de AIR-E S.A.S E.S.P.

8.5.- El 27 de febrero de 2023 se realizó la audiencia de contradicción de los dictámenes periciales presentados en esta sede.

8.6.- Agotado como se encuentra el trámite de la práctica y contradicción del medio de convicción decretado de oficio, se procede a decidir lo que en derecho corresponde en punto al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, para lo cual se tendrá en cuenta la delimitación del objeto de decisión al estudiar el cargo en casación.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Aspectos jurídicos relevantes.

Para ofrecer claridad sobre el tema controversial es preciso resaltar qué se entiende por «*activos de terceros*», en el campo de la transmisión del servicio público de energía eléctrica, y en qué se fundamenta el derecho de los propietarios de esos activos a obtener una remuneración por su uso a cargo de un operador de red – OR.

Al efecto, al tenor del artículo 28 de la Ley 142 de 1994⁶, cualquier persona tiene el derecho a construir redes para prestar servicios públicos, y conforme al artículo 30 de la Ley 143 de 1994, «*las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, **previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan***», sin embargo, por la misma naturaleza del servicio en mención, quien construya redes con el fin de prestarlo debe cumplir con lo establecido en la ley y en los reglamentos emitidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, que es el ente regulatorio.

De conformidad con el artículo 41 de la Ley 143 de 1994, la CREG es el organismo encargado de establecer la metodología relacionada con el cálculo de los cargos asociados con el acceso y uso de las redes del sistema interconectado nacional y de aprobar las tarifas para el acceso y uso de estas. En cumplimiento de esa función, sobre el tema de estudio, el organismo regulador ha emitido, entre otras, las Resoluciones 004 de 1994⁷; 099 de 1997⁸, 082 de 2002 y 097 de 2008, las dos últimas, igualmente, por las

⁶ Artículo 28. Redes. Todas las empresas tienen el derecho a construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, para lo cual cumplirán con los mismos requisitos, y ejercerán las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios, y las particulares previstas en esta Ley.

⁷ «Por la cual se regula el acceso y uso de los sistemas de distribución de energía eléctrica, se establece la metodología y el régimen de cargos por conexión y uso de los sistemas de distribución, se define el procedimiento para su pago, se precisa el alcance de la Resolución 010 de 1993 expedida por la Comisión de Regulación Energética y se dictan otras disposiciones».

⁸ «Por la cual se aprueban los principios generales y la metodología para el establecimiento de cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y/o Distribución Local».

cuales *«se aprueban los principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local».*

El sistema de remuneración de activos de propiedad de terceros se reguló de manera especial en la Resolución CREG 070 de 1998 *«Por la cual se establece el Reglamento de Distribución de Energía Eléctrica, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional»*, en cuyo numeral 9.3 se refiere al derecho a la propiedad de activos en un STR⁹ y/o SDL¹⁰, y a la forma en que deben ser remunerados los denominados *«activos de terceros»*, en los siguientes términos:

9.3 DERECHO A LA PROPIEDAD DE ACTIVOS EN UN STR Y/O SDL

De acuerdo con el Artículo 28 de la Ley 142 de 1994, cualquier persona, tiene el derecho a construir redes para prestar servicios públicos. Esta persona tiene el derecho a conservar la propiedad de estos activos sin que para ello tenga que constituirse en una Empresa de Servicios Públicos.

Quien construya redes con el fin de prestar servicios públicos debe cumplir con lo establecido en la presente Resolución y en las leyes 142 y 143 de 1994.

Cuando estos activos sean usados por un tercero para prestar el servicio de energía eléctrica, el propietario tiene derecho a que le sean remunerados por quien haga uso de ellos.

Igualmente, cuando una persona posea Activos de Conexión, los cuales, por cualquier razón se conviertan en Redes de Uso General de un STR y/o SDL, tiene derecho a recibir una remuneración por

⁹ **Sistema de Transmisión Regional (STR)** Sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por redes regionales o interregionales de transmisión; Conformado por el conjunto de líneas y subestaciones con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 kV y que no pertenecen a un sistema de distribución local. (Cfr. Definiciones. Res. 070-1998 CREG).

¹⁰ **Sistema de Distribución Local (SDL)**. Sistema de transmisión de energía eléctrica compuesto por redes de distribución municipales o distritales; conformado por el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 kV que no pertenecen a un sistema de transmisión regional por estar dedicadas al servicio de un sistema de distribución municipal, distrital o local. (Cfr. Definiciones. Res. 070-1998 CREG).

parte de quien los utiliza para prestar el servicio de energía eléctrica.

9.3.1 REMUNERACIÓN DE ACTIVOS DE TERCEROS.

Cuando un OR utiliza activos de terceros, está en la obligación de remunerar a los propietarios de dichos activos.

El OR que utilice los activos de terceros que sean Redes de Uso General es el responsable por la administración, operación y mantenimiento.

La remuneración consiste en el pago de una anualidad equivalente, calculada como el menor valor entre el costo medio reconocido para el STR y/o SDL respectivo en el nivel de tensión correspondiente y el costo medio de la instalación utilizada a su máxima capacidad. La anualidad se calcula con la siguiente expresión:

$$A_{eq} = \text{minimo} (CMR, CMMC) * d$$

donde:

A_{eq} = Anualidad Equivalente (\$).

CMR = Costo Medio Reconocido (\$/kWh) en un nivel de tensión para un STR y/o SDL, actualizado de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG 099 de 1997.¹¹

CMMC = Costo medio de la red o de un activo (\$/ kWh) calculado con su máxima utilización y actualizado de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG 099 de 1997. Por máxima utilización se entiende la potencia máxima que puede soportar la instalación.

d = Consumo o flujo de energía que pasa a través del activo, registrado en el último año o fracción de año (KWh).

Para el cálculo de los CMR y CMMC no se considerarán los gastos de administración, operación y mantenimiento.

La periodicidad de los pagos que efectúe el OR a un tercero podrá ser acordada entre las partes sin que tal periodicidad exceda a un año calendario. Los pagos se realizarán en proporción al tiempo en que estos activos han estado en operación.

¹¹ Como los cargos o costos medios reconocidos son aprobados por la CREG en forma acumulada, el costo medio reconocido para un nivel de tensión particular se calcula como la diferencia entre el costo acumulado del nivel de tensión correspondiente y el inmediatamente superior.

Los activos de suplencia a un Usuario, se consideran como Activos de Conexión del respectivo Usuario.

Como puede verse, es posible que en el entramado de la prestación del servicio de energía eléctrica resulten involucrados intereses de terceros que, aun sin desarrollar la actividad de distribución, por su cuenta han construido redes eléctricas que eventualmente pueden ser utilizadas por una empresa habilitada como Operadora de Red -OR-, eventos en los cuales, el numeral 9.1 de la Resolución en comentario, establece:

Cuando una persona sea propietaria de Redes de Uso General dentro de un STR y/o SDL tendrá las siguientes opciones:

- *Convertirse en un OR.*
- *Conservar su propiedad y ser remunerado por el OR que los use.*
- *Venderlos.*

Tales posibilidades, por supuesto, tienen arraigo en la garantía constitucional del derecho a la propiedad (art. 58), por lo que en caso de que el activo de propiedad de terceros esté inmerso en una red de uso general, y sean utilizados por el OR en la prestación del servicio, el propietario tiene derecho a que éste le pague una compensación económica por su uso.

No obstante, dado que el artículo 23 de la Resolución CREG 097 de 2008, derogó expresamente el numeral 9.3.1 de la Resolución CREG 070 de 1998 que establecía la obligación del OR que utilizara activos de terceros de

remunerar a los propietarios mediante el pago de una «*anualidad equivalente*» calculada conforme a la fórmula allí prevista, con posterioridad a dicha derogatoria, solo quedó en pie la posibilidad de que las partes acuerden directamente la forma de remuneración de esos activos¹².

2.- La *causa petendi* que dio origen al proceso, se centra en la reclamación del demandante de condenar a la convocada al pago de una retribución por el uso de la línea de conducción de energía eléctrica de su propiedad, y de una indemnización de perjuicios por la utilización que efectuó la demandada de dicha línea para conducir energía eléctrica a las poblaciones de Bálsamo, Punta de Piedra, Moler, Piedras Pintadas y Bomba, del Departamento del Magdalena.

El juzgador de primera instancia accedió a las primeras súplicas y en esa dirección declaró que pertenece al dominio pleno y absoluto del demandante, el activo consistente en «*una línea de conducción de energía eléctrica de 13.2 Kv, que mide 4.2 metros (sic) de longitud y atraviesa el inmueble denominado Alemania también de propiedad del señor Efraín Arturo Botero Salazar ubicada en el municipio de Zapayán – Magdalena, de matrícula inmobiliaria No. 226-14132*»; y que dicho activo es utilizado por la Electrificadora del Caribe S.A. para distribuir el servicio de energía eléctrica desde 1998 hasta la fecha. En consecuencia, condenó a la demandada a pagar al accionante \$11.099.313.066, a título de reconocimiento y pago de la «*remuneración por el uso de un activo de un tercero*».

¹² Al respecto pueden consultarse, entre otros, los conceptos 4486 de 2009 y 814 de 2010 de la CREG.

Para arribar a esa conclusión, acogió la experticia rendida por los ingenieros electricistas Juan Manuel Domínguez y Jonny Henry Castañeda, por considerarla revestida de «*seriedad, claridad, precisión y exhaustividad*», y porque no existía una manera distinta para establecer la condena, ni procedía el *arbitrio iudicis*. Puntualizó, además, que en su laborío los peritos tuvieron en cuenta la reglamentación expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas con respecto al tema de la remuneración entre 1994 y 2008; y aplicando la fórmula definida por la CREG, calcularon la que correspondía a cada período tarifario desde el 1° de enero de 1998 hasta el 30 de junio de 2016, y que al no haber obtenido de Electricaribe la información necesaria, «*presentaron un aproximado de lo que sería la remuneración según la CREG 070 de 1998*».

3.- En el apartado 3.3.3. de las consideraciones del fallo de casación emitido en este asunto, la Sala explicó con suficiencia los errores de apreciación en que incurrió el juzgador de segunda instancia respecto del dictamen pericial presentado por Juan Manuel Domínguez Padilla y Jonny Henry Castañeda Salazar, yerros que tuvieron entidad suficiente para quebrar el fallo en lo pertinente al cargo analizado.

En ese mismo proveído, con miras a tener los elementos de convicción necesarios para dictar sentencia de reemplazo, se ordenó a los mencionados expertos actualizar las operaciones realizadas, dado que su fecha límite había sido

30 de junio de 2016, y se les encomendó elaborarlas con la información que les debía suministrar la demandada referente al factor CMMC y otros datos, o en su defecto, con la variable que, en sustitución, fue tomada en cuenta en la experticia presentada.

Es claro, entonces, que la experticia rendida por los peritos en el curso de la primera instancia con su respectiva actualización -conforme a lo ordenado en esta sede-, será el elemento demostrativo a considerar para determinar el monto de la remuneración a favor del demandante y a cargo de la demandada, por virtud del uso que la última ha hecho de un activo del primero, para prestar el servicio de energía eléctrica. Naturalmente, para definir el mérito demostrativo de las conclusiones plasmadas en el trabajo de complementación ordenado, a tono con el artículo 232 del Código General del Proceso, se aplicarán las reglas de la sana crítica y se tendrá en cuenta su solidez, claridad, exhaustividad, precisión y la calidad de los fundamentos, el comportamiento de los peritos en la audiencia y lo evidenciado en la contradicción surtida.

Debe destacarse que, como las aspiraciones del demandante se consideraron soportadas solo a partir de 1998, la reglamentación contenida en el derogado numeral 9.3.1 de la Resolución 070 de 1998, solo rigió para efectuar el cálculo por el periodo comprendido entre 1998 y 2008. Sin embargo, ante la ausencia de una regulación para zanjar la controversia por el tiempo posterior, los jueces de instancia hallaron viable que los peritos hubiesen aplicado la misma

metodología de la norma derogada para que su cálculo no quedara al libre albedrío de aquellos, criterio sobre el cual ningún reproche se edificó en casación, de modo que al resolver el recurso extraordinario, tácitamente la Sala dio por sentado que era un tema pacífico, al punto que de manera oficiosa ordenó la actualización de las conclusiones y así lo entendieron tanto los peritos como las partes, según quedó dilucido en la fase posterior de recaudo y contradicción del elemento demostrativo.

4.- En el *sub judice*, el demandante como propietario de una red eléctrica conectada a una de uso general, optó por conservarla y exigirle al operador de red que ha usado y recibido beneficios económicos por ese activo, el reconocimiento de su derecho a ser remunerado tal y como lo autoriza el numeral 9.1 de la Resolución 070 de 1998, y como quiera que la anuencia de todos los presupuestos que viabilizan su reclamación quedó verificada y definida en las instancias ordinarias, lo único pendiente por resolver en este proveído es lo que atañe al *quantum* de dicha remuneración.

En cuanto a la posibilidad de calcular la variable CMMC a partir de la información cuya aportación se ordenó en el fallo de casación, debe tenerse en cuenta que, en definitiva, lo que la Sala hizo al advertir la polémica surgida alrededor de la referida variable, fue conferirle a la demandada una última oportunidad «*para esclarecer el hecho a partir del 1º de enero de 1998, hasta la fecha, incorporando a las diligencias la información correspondiente*», conminándola a proporcionarle a los peritos Juan Manuel Domínguez Padilla y Jonny Henry Castañeda

Salazar los datos por ellos extrañados para cumplir su tarea, específicamente, «*adicionando el valor total cargado a los usuarios en las “facturas tarifarias” por el uso del activo*».

Sin embargo, en la misma providencia se previó que ante la eventualidad de que la convocada no cumpliera lo ordenado, los peritos solo tendrían que establecer la cuantía para todo el periodo en la época del dictamen, con los datos del factor CMMC «*de la variable que, en sustitución, fue tomada en cuenta*», refiriéndose a lo plasmado en su inicial dictamen, cuya actualización se dispuso para poder dar cumplimiento al inciso 2° del artículo 283 del Código General del Proceso.

5.- A propósito de lo encomendado a los peritos, en primer lugar, debe verificarse si la parte demandada atendió el requerimiento de proporcionar la información necesaria para cumplir una parte de su laborío.

5.1.- Al efecto, se advierte que, luego de la notificación de la sentencia, el apoderado de la convocada manifestó que aportaba los documentos ordenados en el numeral 3.5. del fallo, conseguidos a través de AIR-E S.A.S. E.S.P., incorporando 6 anexos¹³, cuyo contenido se relaciona a continuación:

- Documento anunciado como «*cálculo de la variable CMMC a partir del 1° de enero de 1998 hasta el 22 de julio de 2021, siguiendo la formulación establecida en el numeral 9.3.1 de la Resolución CREG 70 de 1998*», para el circuito que alimenta el municipio

¹³ Obran en el consecutivo 35 del cuaderno digital de casación. Y en el contenido multimedia CD182.

de Chivolo – Magdalena, suscrito por la ingeniera electricista Ruth Katherine López Daza.

- Documento en Excel denominado «*cálculo Chivolo*».
- Catálogo de productos Procables.
- Tabla Excel «*Índice de precios del productor (IPP) Base diciembre 2014*».
- Documento Excel «*información ventas SUJ*».
- Copia del texto denominado «*Análisis de sistemas de potencia*».

5.2.- Por su parte, los auxiliares de la justicia, en acatamiento a lo ordenado en el fallo en mención, allegaron la actualización de su experticia y en el acápite 3 denominado «*cálculo de costos*», precisaron:

De la información emitida por la Ing. Ruth Katherine López Daza se realizan ajustes, con base en la revisión regulatoria y considerando la nueva información entregada sobre las bases para el cálculo del indicador CMMC.

Según el informe mencionado, en la Tabla 1 “Variables para el cálculo del CMMC” se considera el Valor Total (COP dic 2007) de los activos solamente con los 4,2 km de propiedad del Sr. Arturo Botero, sin embargo se debe hacer con los 121 km totales de la línea que le permite a AIR-E alimentar el total de la demanda de las siete (7) poblaciones alimentadas, de acuerdo con las siguientes Tablas, que muestran las diferencias cuando se consideran 4,2 y 121 km, que cambia la anualidad de entre 12 y 17,5 millones a valores entre 351 y 504,6 millones. (Subraya intencional).

Y, a manera de conclusiones, expusieron:

Revisando el detalle de la nueva información entregada por AIR-E y con base en nuestros análisis regulatorios, tenemos las siguientes conclusiones.

1. La Tabla 1 Variables para el cálculo del CMMC se considera el Valor Total (COP dic 2007) solamente con los 4,2 km de propiedad del Sr. Arturo Botero, sin embargo, se debe hacer con los 121 km

totales de la línea que le permite a AIRE alimentar el total de la demanda de las siete (7) poblaciones alimentadas.

2. Con respecto a la capacidad máxima de la línea tenemos objeciones respecto al método utilizado en el cual se asume que es con la corriente máxima del cable conductor, sin embargo el circuito tiene otra limitante de carga que es la capacidad máxima de transformación instalada que es de 2.075 kVA.

3. Con base en lo anterior y utilizando el mismo archivo de Excel de nombre 2021-10-20 (2) Anexo 3. Cálculo Chivolo, realizamos el cálculo del indicador y pasamos de un valor de 0,37 a 23,90 en 1998, lo cual comparado con el valor de CMR de 18,28 para el mismo año, hace que estos valores sean comparables. Es un verdadero despropósito pensar que la regulación habría señalado como opciones de un mismo cálculo, cifras tan distantes como el valor de CMR (18 – 90) y el valor indicado por AIR-E para el CMMC (0,37 – 0,53).

4. Los valores de CMR entregados en el mismo informe (Tabla 4), no corresponden con los informes públicos y regulados por la CREG, tal y como lo demostramos en nuestro informe de 2017.

5. Con respecto a la Anualidad Equivalente entregada en la Tabla 5 tampoco estamos de acuerdo con los valores entregados, dado que no corresponden con la información levantada en sitio en 2016 y corroborada en 2021, y no se señala fundamento alguno para el cálculo.

*6. Con base en lo anterior y de acuerdo con nuestros ajustes el valor que arroja el cálculo con las cifras de AIR-E ajustados sus errores regulatorios (cuando por ser menores resulten aplicables según la regulación), es de **\$12.577.108.366**.*

En la audiencia de interrogatorio, el perito ingeniero Juan Domínguez, dio cuenta de la metodología empleada en la elaboración de la experticia, que en términos generales se basó en la aplicación de las Resoluciones de la CREG a las que tuvieron acceso dado su carácter de documentos públicos; la información obtenida en la página de Electricaribe respecto al costo unitario de la energía en las zonas que ese operador presta sus servicios, así como en lo

corroborado por ellos mediante visita o levantamiento en sitio.

Además, manifestó que con posterioridad a la sentencia de casación no recibió información directamente enviada por Electricaribe o AIR-E, sino un informe rendido por Katherine López, y señaló que tal información no era confiable por haber sido remitida por conducto de un tercero, ni suficiente para elaborar los cálculos, dado que falta la que desde un principio fue solicitada a la demandada; enfatizó en que, ante la falta de aportación de la documentación complementaria requerida, debe «*mantenerse como válido*» su primer dictamen respecto a lo que le correspondía al demandante, toda vez que, si bien sus cálculos son especulativos, en todo caso no hay forma de confirmarlos o corroborarlos por falta de información.

5.3.- La demandada allegó un «*dictamen pericial de contradicción*» contenido en el documento titulado «*concepto regulatorio acerca de la remuneración por reconocer para activos declarados como de uso propiedad un tercero*» realizado por la sociedad Power & Energy, por conducto de la ingeniera electricista Luz Ensueño Hurtado Restrepo, quien precisó que se realizaba con soporte en la información técnica y comercial aportada por AIR-E e información pública de la CREG y otras entidades, y además, que «*el alcance de este concepto no incluyó verificaciones ni validaciones en terreno ni en escritorio de la información entregada por AIR-E, por lo que el consultor no garantiza (expresa o implícitamente) la veracidad, exactitud o integridad de la información entregada por AIR-E.*».

En el numeral 5 de dicho concepto, se plantean «*hallazgos y observaciones*» al dictamen pericial allegado en noviembre de 2021, a manera de «*contra argumentos*» frente a distintos puntos de los allí analizados. El primero, relacionado con los motivos por los cuales desde el punto de vista de su suscriptora, «*no tiene ninguna base regulatoria lo concluido por los peritos al determinar que para los cálculos de la variable CMMC (...) se deben utilizar también los costos de inversión del OR de toda la red utilizada para prestar el servicio a los usuarios finales que se benefician de un tramo de propiedad de un tercero que corresponde solo al 3,47% de la longitud total requerida para prestar el servicio a esos mismos usuarios finales*», y sobre ese reparo sustenta en gran parte otras observaciones que dan cuenta del impacto que ese entendimiento genera en el estimativo de la remuneración.

Seguidamente, en el numeral 6 denominado «*Bases regulatorias para la remuneración de activos de terceros*», se ocupa de describir lo indicado en la Resolución CREG 070 de 1998, así como en otras resoluciones relacionadas con el tema, y a continuación, refiere la derogatoria del numeral 9.3.1 de la primera mediante Resolución GREC 097 de 2008, acotando que, a partir de la vigencia de la esta última, «*no existe desde el punto de vista regulatorio metodología para la determinación de la remuneración de activos de terceros (...) a partir de esa fecha, la negociación para la remuneración (...) está sometida al acuerdo de voluntades y, por tanto, podrían las partes tomar como referencia lo establecido en dicha regulación para definir el valor*»; en el numeral 7 señala que, con independencia de la vigencia del numeral 9.3.1 de la Resolución 070 de 1998, por ser la metodología observada en este caso, es necesario analizar la manera cómo

debe aplicarse la fórmula para establecer el monto de la remuneración y, en la tabla 9, efectúa los cálculos de las anualidades entre 1998 y 2021 que debe remunerar el OR, totalizados en **\$128.976.605**.

En la audiencia, la ingeniera explicó la metodología empleada al rendir su concepto, así como los puntos de desacuerdo con la pericia inicial. En particular, al ser interrogada sobre la información suministrada por AIR-E para calcular la variable CMMC, enfatizó en que era innecesaria la relacionada con la facturación, por lo que no la solicitó:

Pregunta: Usted se percató de que la Corte dijo que a falta de algún acuerdo entre las partes la tarifa se regulaba por la resolución 070 del 98 de la CREG. Respuesta: Sí claro. Pregunta: Si la Corte estaba reclamando cuál era la tarifa trasladada a los usuarios, usted vio o recibió alguna experticia contable algún certificado de la auditoría de cuánto recibió Electricaribe año por año por el uso de este sistema?. Respuesta. No se necesita la facturación. Básicamente no se necesita la facturación en pesos porque podemos a partir de la fórmula que tanto han mencionado volverla a ilustrar y dimensionar que ahí para nada el regulador ha dicho que se necesita la facturación en pesos que se han hecho a los usuarios que están aguas abajo del activo del tercero demandante. (...). No la solicité y no se necesita (...). Esta es la fórmula que a lo largo de la audiencia hemos revisado, y es la contenida precisamente en el numeral 9.3.1 de la Resolución 070 del 98 en donde establece la forma de remunerar a un tercero por la propiedad (...) se calcula una anualidad año a año que se determina a partir de un mínimo entre una primera variable que es la CMR que es el costo medio reconocido en un nivel de tensión donde están los activos propiedad del tercero, pero es el costo medio reconocido al OR y otra variable que es la CMMC que es la que se ha mencionado también, que finalmente termina siendo la fundamental en este tema de remuneración que se debe calcular a partir del costo de inversión realizado por el tercero para su activo, multiplicado por el flujo de energía que ha circulado a través de dicho activo. (...) Este es un primer comentario y pues aterrizo el tema de que la facturación como tal en pesos no es necesaria y genera confusión, además que estamos hablando de un histórico de todos los usuarios durante 23 años y medio.

6.- El panorama descrito deja al descubierto que para establecer el monto de la indemnización no es factible dar crédito de manera única a la complementación del dictamen pericial ni al presentado por la opositora para contradecirlo, toda vez que ambos presentan inconsistencias originadas en la interpretación que los peritos brindan a la fórmula empleada para el mismo efecto.

Ciertamente, las manifestaciones que sustentan ambos informes ponen en evidencia que existen, por lo menos, dos situaciones que los llevan a emitir opiniones diametralmente opuestas¹⁴. La primera concierne a si, en atención a lo ordenado en el fallo de casación, la convocada adjuntó los elementos probatorios que los primeros expertos estimaron necesarios para extraer objetivamente los elementos de la variable CMMC, con miras a aplicar la fórmula de liquidación con la nueva información. La segunda, si para efectos de medir la remuneración reclamada, es necesario tomar en consideración en toda su extensión de 121 km. la línea explotada actualmente por Air-E en el denominado «*Circuito Chivolo*», o solamente la longitud de 4,2 km. que corresponde al activo de propiedad del convocante.

En tal virtud, con la finalidad de cumplir el deber legal de proferir la sentencia en concreto y atender el mandato contenido en el inciso final del artículo 283 del Código

¹⁴ Mientras los peritos iniciales calcularon la remuneración actualizada en \$12.577.108.366, para la ingeniera que rindió el dictamen de contradicción, la misma solo asciende a \$128.976.605.

General del Proceso, conforme al cual, «*en todo proceso jurisdiccional la valoración de los daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*», la Sala estima pertinente ponderar las dos experticias para hallar una justa solución al caso, encaminada a que, sin menoscabar, por deficiencias en el recaudo probatorio, el irrefutable derecho que tiene el demandante a recibir la remuneración por el uso de su activo, tampoco se abra camino una excesiva e injustificada carga económica para su contendiente.

7.- Verificación del cumplimiento de lo ordenado en la prueba de oficio.

Los peritos Domínguez y Castañeda al momento de complementar su dictamen, de manera concreta indicaron «*de acuerdo con el documento técnico emitido en 2016, se realizaron los cálculos considerando únicamente la variable CMR, dado que Electricaribe nunca entregó información de la variable CMMC, según lo anterior la siguiente tabla muestra los costos a reconocer hasta el 30 de junio de 2021*» por lo que efectuaron la operación considerando el valor de la CMR de acuerdo con las resoluciones de la CREG y con la CMMC recalculada para el año 1998 en 23,90 con base en el archivo anexo 3, que difiere del 0,37 indicado por la ingeniera Ruth Katherine para el mismo periodo.

A continuación, expusieron que «*con base en la información emitida por AIR-E, por intermedio de la ing. López, se procede a la **actualización del cálculo de costos a reconocer**, de acuerdo con la siguiente tabla donde se selecciona el menor valor entre las variables CMR y CMMC, para el cálculo del valor de la energía distribuida*»,

operación que arrojó como valor total a reconocer al demandante la suma de \$12.577.108.366,36; y al presentar sus conclusiones, hacen algunas observaciones respecto a las deficiencias advertidas en la información entregada por AIR-E que calificaron de poco confiable e insuficiente, en especial, la relacionada con los valores entregados para calcular el CMMC.

En la audiencia, el perito Domínguez frente a algunos de los interrogantes formulados, se pronunció así: «**Pregunta:** *Usted vio o está aportada al proceso la facturación año por año teniendo a su vez en consideración qué proporción tenía en el trayecto el ramal que había construido Don Arturo, es decir si era el 50, el 40, 60, el 20, el 10, el 90, año por año, esa información está suministrada por AIR-E?* **Respondió.** *Nunca.* **Pregunta:** *Usted vio algún dictamen contable del auditor o el contador de AIR-E que rindiera esa información.* **Respondió.** *Nunca*». Y en respuesta posterior, tras hacer énfasis en que la información referida por la ingeniera Katherine López no era confiable ni suficiente, precisó: «*la información que pedimos de la facturación emitida en cada año, más que la facturación, es la remuneración recibida por el uso de la red en cada año y la proporcionalidad del tramo de red del señor Arturo y del operador de red, con eso se podría fácilmente hacer el cálculo y es una cifra completamente sustentable*», pero que nunca la recibieron.

Ahora bien, pese a que el apoderado de la parte demandada con su memorial presentado en octubre de 2021, aseveró que allegaba los documentos ordenados en el fallo de casación, en realidad lo que aportó fue un informe técnico rendido por la ingeniera Ruth Katherine López, con unos anexos, informe en el cual la profesional indicó que «*dando*

cumplimiento a lo indicado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en este documento se presenta el cálculo de la variable CMMC a partir del 1° de enero de 1998 hasta el 22 de julio de 2021, siguiendo la fórmula establecida en el numeral 9.3.1 de la Resolución CREG 70 de 1998».

Es evidente que la convocada apartándose del requerimiento efectuado por la Sala y sin ofrecer las pertinentes explicaciones relacionadas con las dificultades o imposibilidad de atenderlo en la forma realizada, en vez de aportar la información reclamada por los peritos, lo que hizo, por su propia iniciativa, fue allegar el concepto de otra ingeniera electricista con el cálculo de la CMMC, que para todos los periodos comprendidos entre 1998 y 2021, resultó considerablemente inferior al de la CMR.

7.1.- Ahora, si bien es cierto que el apoderado de la demandada fue quien envió a la Corte los anexos que acompañaban ese informe¹⁵, también lo es que en su contenido éstos no reflejan que hayan emanado de fuentes verificables, esto es, de los archivos o de los libros contables de Electricaribe o AIR-E como operadores de red que han utilizado el activo del demandante, es más, aun si se soslayara esa deficiencia, en todo caso, ninguno de esos documentos da cuenta del «*valor total cargado a los usuarios en las facturas tarifarias por el uso del activo, desde la misma data [1° enero de 1998]*», que fue lo que expresamente la Sala ordenó entregar a los expertos.

¹⁵ Cfr. Folio 183 cuaderno Corte.

Emerge de lo expuesto, que la accionada se mantuvo renuente a atender tal requerimiento en la última oportunidad concedida, y con esa actitud privó a los peritos del insumo necesario para realizar de manera paralela otra experticia.

Es claro, entonces, que en la forma como se decretó la complementación del dictamen, ante la omisión de la convocada de aportar la información requerida, el laborío de aquellos se circunscribía a actualizar los cálculos realizados en su trabajo pericial de 2016, pues en el fallo de casación explícitamente se avaló que hubieran hecho uso de las presunciones y aplicaran la variable CMR ante la falta de elementos para calcular la CMMC, de ahí que, en esencia, con independencia de que los cálculos hayan variado al incorporar de manera parcial algunos datos considerados por la ingeniera Ruth Katherine, en últimas, lo que los peritos cumplieron fue lo encomendado en la segunda posibilidad conferida, y así lo indicaron en su informe final y en la audiencia.

7.2.- Pese a la claridad de la precedente deducción, la misma halla importante refuerzo en los argumentos contenidos en el fallo de casación, a saber:

7.2.1.- Para concluir que se equivocó el Tribunal al deducir la prosperidad del reparo del apelante en el sentido de que la aplicación de las fórmulas para cuantificar la compensación en favor de terceros «*no se realizó de manera técnica y con la claridad que se requiere*», se dio especial relevancia

al hecho de que la demandada hubiese sido renuente a entregar información requerida por los expertos y a los efectos de esa omisión, en ese sentido se consideró: **i)** se omitió la valoración de la prueba indiciaria, en tanto, «no cabe duda, el indicio referido en las normas se encontraba configurado. El hecho indicador lo constituía la conducta obstructiva del extremo demandado de colaborar con los peritos, suministrando la información solicitada, y con la manifestación de esa conducta en el cuerpo del dictamen. Como el comportamiento no aparecía justificado, debía entenderse, a falta de otra explicación posible, que los datos no se hicieron públicos por resultar perjudiciales a quien debía revelarlos»; **ii)** atendiendo la regla 9.3.1. de la Resolución GREG 070 de 1998, «debe seguirse que los datos escondidos de la fórmula aplicada contenían un mayor valor y que el costo medio reconocido y aprobado por la CREG, necesariamente, era menor. Si fuera lo contrario, ningún sentido tendría que la demandada ocultara una información relevante y que era favorable a sus intereses».

7.2.2.- Se puso de presente que, contrario a lo advertido por el Tribunal, la experticia rendida por los ingenieros Domínguez y Castañeda en la primera instancia sí tenía mérito demostrativo, toda vez que cuando los peritos aludieron a «sumas estimadas no reales», se refirieron a los factores de la variable CMMC, los cuales no fueron constatados, «debido a la conducta obstructiva de la demandada»; que dicha prueba tampoco era incompleta, pues los peritos establecieron uno de los factores, en el esquema de la «anualidad equivalente», mediante la «sumatoria de todas las potencias de los transformadores que están conectados a la línea»; que el «método» de la fórmula también fue explicado y no es cierto

que falte la indicación del flujo de energía que se trasladaba a la población colindante.

7.3.- En suma, con la prueba decretada de oficio no se propendió por una modificación de la metodología aplicada por los peritos en su experticia, sino por la actualización de sus conclusiones y para que realizaran un estudio paralelo, en el evento de que la convocada allegara la pertinente documentación. De ahí que, puestos los peritos en el primer escenario descrito, y aunque en aras de la garantía del derecho de contradicción frente a la prueba decretada de oficio, era factible que la opositora allegara otra experticia, ello no significa que se habilitara un nuevo espacio de discusión sobre aspectos superados en las instancias ordinarias del juicio, ni sobre puntos que la Corte evaluó en sede de casación y estimó debidamente sustentados.

7.4.- Para abundar en razones, cumple igualmente destacar, que tanto los primeros peritos como la experta que rindió el informe allegado por las accionadas, coincidieron en que la principal diferencia en sus conceptos se contrae a la forma cómo debe calcularse la CMMC, pues mientras los primeros consideran necesario conocer el monto de los ingresos recibidos por el operador de red durante todo el tiempo que ha hecho uso del activo y la información correspondiente a la proporción año por año de la red del tercero con respecto a la totalidad del ramal, la segunda califica de innecesaria la facturación que aquellos echan de menos, pues, en su criterio, la variable CMMC se debe calcular *«a partir del costo de inversión realizado por el tercero para su*

*activo*¹⁶», dato que consideró acreditado y afirmó, además, que carece de relevancia la proporción del activo del promotor de la litis, porque la fórmula no contempla que deba tenerse en cuenta.

En tal virtud, si el problema es de interpretación de la fórmula con la que debe determinarse la variable CMMC, es claro que la oportunidad para controvertir la forma en que los peritos iniciales la entendieron y calcularon en la experticia rendida ante el *a quo*, era en esa etapa del trámite, en los términos que establecen los artículos 228 y 231 del Código General del Proceso¹⁷.

No obstante, al revisar la audiencia de sustentación del dictamen pericial ante el *a quo*¹⁸, se observa que el apoderado de la parte demandada, luego de indagar por la aplicación de las resoluciones de la CREG, solo atinó a preguntarle al perito Juan Manuel Domínguez, quien de acuerdo con lo allí mismo indicado era el experto en temas regulatorios, si *«verificó o constató cuál es el valor de esa línea actualmente; cuánto costaría esa línea o que valor tiene actualmente»*; a lo que éste respondió: *«aquí hay un tema cierto que es el tema de la remuneración que le corresponde al señor Botero, en ese análisis es irrelevante el costo que haya tenido la construcción del activo, lo que es relevante es cuanta demanda estoy atendiendo yo a través de este activo, de tal manera que nosotros verificamos con el peritazgo en sitio, la existencia de la línea (...) pero no hicimos el ejercicio de valor de construcción a esa fecha ni*

¹⁶ Cfr. Audiencia de interrogatorio a los peritos. Hora: 2:49:39

¹⁷ Al decretar las pruebas el juzgador dejó sentado que, desde esa etapa, incluida, la actuación se regiría por el Código General del Proceso, conforme al artículo 625 de ese estatuto (fl. 308, tomo II).

¹⁸ Folios 350 – 352, cuaderno primera instancia.

mucho menos traerlo a valor presente, podría hacerse, pero como te dije al principio, eso es irrelevante para el ejercicio de la remuneración; porque en la resolución CREG 070 no se remunera el valor de inversión, sino el uso que se le está dando a esa inversión», y obtenida esta respuesta el apoderado manifestó no tener más preguntas para el perito. De modo que, por virtud del principio de preclusión de los actos procesales, la contradicción del dictamen quedó reducida a lo que en esa audiencia se surtió.

Por otra parte, en los reparos contra la sentencia de primera instancia sustentados ante el *ad quem*¹⁹, en lo concerniente a la estimación de la remuneración por el uso del activo presentada por los peritos, el apelante se limitó a señalar que estaba mal elaborada y a pedir que si sus reproches no eran atendidos, de todas maneras el máximo valor a retribuir al demandante sería el que reconoce el regulador al operador de red y a terceros establecido en el artículo 12 de la Resolución CREG 082 de 2002. Aunque ese punto de inconformidad no fue desarrollado pues no se ofrecieron explicaciones al respecto, se advierte que los peritos de manera puntual descartaron la aplicación de dicha resolución en este caso, toda vez que las modificaciones allí incluidas en cuanto a la remuneración de terceros propietarios «*está enfocada al nivel de tensión I*» y en este asunto «*el activo construido es de nivel de tensión II*»; y porque respecto de la remuneración a terceros, en su artículo 2 literal i) efectuó una expresa remisión al anexo de la Resolución CREG 070 de 1998.

¹⁹ Folios 508-513, cuaderno primera instancia.

7.5.- En resumen, los reparos frente a la complementación de la prueba técnica, en lo que atañe puntualmente a que no se requería que la demandada proporcionara información respecto de sus ingresos para calcular la variable CMMC, resultan a todas luces extemporáneos. Lo precedente, por cuanto la aplicación práctica de la fórmula no le mereció serios reproches a la convocada en la etapa de contradicción de la experticia pese a que los peritos se dolieron de que Electricaribe no les proporcionó información; es más, la prueba técnica que presentó por su cuenta a cargo del ingeniero Bernal Jaimes²⁰, se enfocó a cuestionar la titularidad del activo y no las operaciones efectuadas en el estudio aportado por su contradictor.

Aunado a lo anterior, debe destacarse que la oportunidad conferida en esta sede para aportar los documentos requeridos por los peritos se fundó en que estos tuvieran otros elementos de juicio para presentar un dictamen paralelo, más no para que modificaran la metodología inicialmente aplicada y tácitamente avalada por las accionadas.

7.6.- A modo de recapitulación, advertida nuevamente la omisión de la empresa operadora de red en acatar lo dispuesto en la prueba de oficio, se impone tomar en consideración la experticia complementaria que fue actualizada con aplicación de la misma opción sustitutiva

²⁰ Cfr. Folios 333-340, cdno. 1

que no fue cuestionada en las instancias ordinarias. Sin embargo, el resultado final de esa labor no se tendrá en cuenta en su integridad, por los motivos que se plasman en el siguiente segmento de este proveído.

8.- Extensión de la línea sobre la cual debe calcularse la remuneración.

En la experticia complementaria los peritos afirmaron que no recibieron la información que consideraban necesaria para efectuar un nuevo trabajo; y en cuanto al informe presentado por la ingeniera Katherine López con datos que dijo haber recibido de parte de la demandada, critican que en las variables para el cálculo de la CMMC se considere el valor total a diciembre de 2007 solamente con los 4,2 km de propiedad de Arturo Botero, pues, desde su punto de vista, *«se debe hacer con los 121 km totales de la línea que le permite a AIRE alimentar el total de la demanda de las siete (7) poblaciones alimentadas»*.

No obstante, ni del documento contentivo del dictamen ni de las respuestas ofrecidas por el perito en la audiencia, se desprende un argumento sólido y estructurado que sustente su aserto respecto a que, para efectuar el cálculo de la retribución, se debe tener en cuenta la red en toda su extensión, de manera que el mismo resulta huérfano de fundamento legal o regulatorio.

Teniendo en cuenta que, que según pudo dilucidarse al escuchar a los expertos, en el fondo de dicha discusión

subyace una discrepancia interpretativa con relación a si al momento de aplicar la fórmula que disponía el numeral 9.3.1 de la Resolución CREG 70 de 1998, se debe tener en cuenta la red en toda su longitud, o solo la extensión del activo del tercero del que está haciendo uso el operador de red. Dado que ese encontrado razonamiento trasciende a que se hayan emitido conclusiones tan diferentes, al margen de que la metodología como tal esté aceptada, en este proveído es menester reparar en un factor que resulta determinante para calcular la «*anualidad equivalente*», como es el tamaño de la red sobre el cual se deban aplicar las operaciones.

Al respecto, es necesario definir cuál de las dos interpretaciones de los peritos resulta más acorde con la finalidad de las disposiciones jurídicas que regulan el derecho a la remuneración del tercero y la correlativa obligación de los operadores de red de pagarla, en orden a lo cual, a continuación, se estudian los argumentos que las sustentan.

8.1.- Para comenzar, se destacan las explicaciones del perito Domínguez al ser interrogado sobre ese aspecto por el apoderado de la demandada:

Pregunta: (...) en el D cuando habla consumo flujo de energía que pasa a través del activo ahí no dice de la red sino del activo esa palabra activo hará referencia al activo del tercero que hay que Regular o de toda la red. **Respuesta:** Nuestra interpretación es que es de toda la red porque digamos yo no puedo simplemente calcular la demanda o el flujo de energía por el activo del tercero sino por el activo del tercero más el activo del operador de red que sería la suma de todos los activos suficientes para atender la demanda del sector eso sería la interpretación que nosotros hacemos y de acuerdo con eso pues están nuestros cálculos (...). **Pregunta:**

Teniendo en cuenta lo que usted nos ha dicho y que se trata únicamente de un dictamen técnico, explícale al despacho por qué razón para determinar el numerador de la variable CMMC que es el costo medio de la red o de un activo de la red o de un activo, usted tuvo en cuenta los valores de inversión de la totalidad de la red que ascienden a 121 km y no solo los valores de inversión de lo correspondiente a los 4,2 km, es decir, por qué un operador de red tendría que reconocerle costos de inversión sobre una totalidad de kilómetros sobre las cuales el aquí demandante no hizo costo de inversión o no incurrió en costo de inversión. Ese es el quid de este asunto. **Respuesta:** Bueno yo pienso que el quid del asunto es que falta mucha información. Incluso si llegáramos a un acuerdo sobre cuáles son los kilometrajes a utilizar, el resto de la variable no la podemos calcular (...) Entonces desde ese punto de vista no hay suficiente información para poder llegar a calcular esa variable y por otro lado la variable la están estimando con una (...) supuesta información entregada por AIR-E del consumo de energía del año 2021 y de ahí hacia atrás lo proyectan, entonces la variable es muy cuestionada (...) sobre esa base nos mantenemos en la primera posición en el sentido que nunca se me pudo entregar la información suficiente año tras año para poder hacer el cálculo de forma correcta. Si nos enfrascamos hoy que los 4.21 o que en los 121, pues sí es interpretativo (...). El problema es que ni siquiera si hoy acordáramos un kilometraje para hacer el cálculo el resto de los datos no es ni confiable ni suficiente para poder hacerlo Entonces mal haríamos nosotros en acordar el cálculo de la variable con base en un kilometraje sabiendo desde el inicio de que no hay suficiente información. **Pregunta:** En su dictamen usted hace unos cálculos y una cosa es la variable CMR y otra cosa es la variable CMMC (...) yo le estoy preguntando cómo halló la variable CMMC. **Respuesta:** Hicimos un cálculo digámoslo académico, un cálculo basado en la información entregada por la ingeniera López en un archivo de Excel y sobre ese archivo de Excel nosotros lo que hicimos fue montar datos. La posición nuestra es que la variable CMMC no tiene suficiente información para ser calculada, por tanto, nos mantenemos en el primer cálculo que nosotros hicimos basados en la CMR que es la única que podría ser válida para efectos de calcular lo que le correspondería al señor Arturo (...). Entonces esa sería la posición, la única válida técnicamente hablando sería la CMR que también, de acuerdo con la información levantada por nosotros, sí hay también diferencia respecto a lo encontrado por las empresas contratadas por Electricaribe y por AIR-E. Esa es nuestra posición, por eso no queremos enfrascar la discusión en el cálculo de una variable cuyos insumos para calcularla, nosotros insistimos, no son ni confiables ni suficientes, no habría como calcular así llegaremos a un acuerdo de cuál sería el valor en kilómetros que deberíamos usar, incluso así diríamos no, no estamos de acuerdo porque el resto de la información no es suficiente. **Pregunta:** (...) desde su ejercicio es válido utilizar la longitud de toda la red cuando el demandante solo incurrió en inversiones en relación con los 4,2 km y no sobre el resto de los 116 km. Desde el punto de vista técnico?. **Respuesta:** Técnicamente hablando yo puedo usar el

*tramo total de la red que alimenta la demanda relacionada con la variable D, eso es válido, porque todas las variables deben tener digamos consistencia entre sí, yo no puedo por un lado limitar la distancia del circuito y por otro lado incluir el 100% de la demanda y como hace por ejemplo los documentos de Power & Energy que calcula la capacidad del circuito en función de la capacidad del cable conductor, eso técnicamente tampoco es válido, entonces la variable CMMC es totalmente controvertible. Sobre esa variable nosotros no podemos digamos fundamentar nuestra posición porque no hay suficiente información para calcularlo tendríamos que hacer un ejercicio más completo la resolución no es exacta en el sentido de decir qué valor considerar, **es interpretativo**, y sobre esa base nosotros decimos si nuestra interpretación es válida porque todo lo que estamos colocando en la fórmula está en función de la totalidad de la red, de tal manera que hay proporcionalidad en el uso de los datos eso es lo que nosotros mantenemos (Subraya intencional).*

La ingeniera Luz Ensueño Hurtado Restrepo, por su parte, como «primer contraargumento», expuso:

No tiene ninguna base regulatoria lo concluido por los peritos en el dictamen pericial, al determinar que para los cálculos de la variable CMMC que permite remunerar los activos del tercero, se deben utilizar también los costos de inversión del OR en toda la red utilizada para prestar el servicio a los usuarios finales que se benefician de un tramo propiedad de un tercero que corresponde solo al 3,47% de la longitud total requerida para prestar el servicio a esos mismos usuarios finales, ya que la variable CMMC fue definida por la CREG como el costo medio de la red o de un activo (\$/kWh) calculado con su máxima utilización, entendiéndose por máxima utilización la potencia máxima que puede soportar la instalación o activo (...). De lo anterior se concluye que si se pretende calcular la variable CMMC para unos activos de propiedad de un tercero, es mandatorio considerar exclusivamente los costos de los activos que son propiedad del tercero así como la capacidad máxima del mismo.

Y al rendir interrogatorio acerca de su experticia, sobre ese tópico, respondió:

Aquí resumo brevemente como las diferencias que tenemos en el tema del CMMC costo medio de la red. Un tema que fue reiterativo en el debate hoy, ha sido cómo se calcula esta variable, tiene en el numerador los pesos de la inversión en el activo del tercero y en el

denominador los de la potencia máxima que soporta ese activo del tercero, quiero primero esquemáticamente mostrar este gráfico. Este gráfico en rojo naranja muestra todo el ramal y todo el circuito que de acuerdo con la ingeniera Ruth Katherine son 121 km y en Amarillo el pedazo del cual es propietario el señor Arturo Botero. Entonces como verán estamos hablando de una proporción de 4 km frente a un estimado de 121 km, (...) no importa cuántos kilómetros haya aguas abajo porque es que la remuneración te dice que es lo que le va a remunerar al tercero en función de lo que él invirtió. Sería ilógico pensar que el regulador va a remunerar a un tercero por todas las redes que haya aguas abajo de donde está instalado su activo. Les pregunto porque este no es el único caso en el que un tercero es propietario de un activo, puede ocurrir que el nivel de tensión tres o el nivel de tensión 4, tenga un usuario un activo que es de su propiedad que finalmente termine siendo de uso y al que haya que remunerar, sería imposible que todas las redes que salen aguas abajo que fueron inversión del OR se valoren para remunerar a ese tercero, pues más que imposible sería pues un exabrupto y no les alcanzarían los recursos para remunerar a los terceros.

Obsérvese que el principal motivo expuesto por los peritos iniciales para sustentar su enfoque regulatorio, atañe a la necesidad de establecer la proporcionalidad del tamaño de la red de propiedad del demandante año por año, dado que el ramal como tal se ha extendido con el tiempo, por lo que en anualidades anteriores la proporción de la longitud de la red del señor Botero, con relación a la de la totalidad del ramal administrado actualmente por AIR-E, pudo haber sufrido significativos cambios. Respecto a ese criterio, el perito Domínguez al interrogante si consideraba «*válido remunerar o utilizar el costo de inversión de la totalidad de la red aun cuando el que reclama solo invirtió en un pedacito muy pequeño de esa red*», respondió:

Es válido utilizarla. Tenemos que tener en cuenta que la cifra finalmente puede ser acordada en función del 100% de la remuneración recibida por el operador de red, que de acuerdo con nuestros cálculos a la fecha y desde que el señor Arturo construyó ese tramo de línea, el operador de red ha recibido por el uso de esta red más de \$20.000.000.000. Entonces si queremos hablar de proporcionalidad hablemos de proporcionalidad el operador recibió o ha recibido aproximadamente 20.000 millones por el uso de esa

red y el señor Arturo ha recibido cero, en un momento determinado la proporcionalidad de la propiedad del señor Arturo pudo ser el 95, el 90, el 80, entonces tampoco es descabellado lo que nosotros estamos haciendo y calculando.

Sin embargo, llama la atención que en su dictamen inicial, los peritos no se hayan quejado específicamente de que Electricaribe les hubiese negado información sobre alguna solicitud formulada en ese sentido, esto es, sobre la proporción del tamaño de la red del demandante, respecto de la totalidad del tramo año por año o por periodos temporales específicos, que ahora califican como imprescindible para poder obviar discusiones acerca del kilometraje de la red sobre la cual deberían haberse hechos los cálculos.

Revisado el expediente, tampoco se observa ningún elemento de juicio del cuál se desprenda que ellos o el apoderado de la parte actora, hubiesen solicitado a Electricaribe información puntual acerca del «*crecimiento histórico*» anual de la longitud en kilómetros del ramal que inicia en el tramo del accionante, pues en el documento citado en la sentencia de casación para deducir error de hecho por inobservancia de una prueba documental, solo se pide como información necesaria para la preparación del dictamen, la concerniente a «*los consumos de energía (KWH), corriente máxima registrada (Amperios) y voltajes, en la línea del Circuito Chivolo – Departamento del Magdalena, durante los meses de mayo, junio y julio de 2016*» (fls. 327-328, C.1).

Por lo demás, ninguno de los fundamentos fácticos de la demanda guarda relación con la incidencia de la extensión del activo del demandante, año por año, en el cálculo de la

compensación, por lo mismo, en el periodo probatorio tampoco se practicaron pruebas encaminadas a demostrar hechos relacionados con esa temática, ni puede endilgarse consecuencia alguna a la demandada por no haberla aportado. De ahí, que la relevancia de la información que ahora echan de menos los peritos, no logra evidenciarse si quiera como un hecho objeto de prueba dentro del proceso.

En las descritas circunstancias, si bien es cierto que en el caso examinado no llama a duda la viabilidad del reconocimiento de la remuneración reclamada por el accionante, también lo es que la cuantificación efectuada en la actualización de la experticia que ha de tenerse en cuenta para imponer la condena, tuvo como base la totalidad de la longitud de la red lo que no parece consultar los fines de la normatividad que regula los derechos de terceros, la cual resulta más acorde con la interpretación ofrecida por la ingeniera Luz Ensueño Hurtado.

Ciertamente, si el pago de la retribución por el uso que los operadores de red realizan de activos de propiedad de terceros, obedece a un justo reconocimiento del derecho a la propiedad privada de estos últimos, es apenas lógico que exista correspondencia entre la magnitud del uso efectuado por el OR, confrontado con el tamaño de la red que no le pertenece, pues, lo contrario significaría, como bien lo mencionó la ingeniera Luz Ensueño, que el particular resultara beneficiándose con los réditos de una infraestructura superior a su activo, es decir, de los costos

de inversión efectuados por el Operador de Red, e inclusive, por otros terceros en distintos tramos.

8.2.- Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Sala haciendo la debida ponderación de las dos experticias, opte por acoger el primer argumento de refutación propuesto en el concepto técnico allegado por las demandadas, en el sentido que las operaciones no debieron efectuarse sobre la longitud completa del ramal, sino respecto del tramo de 4,2 kms., de propiedad del accionante.

No obstante, dado que los peritos en su ampliación tuvieron en cuenta los 121 kms., para efectos de establecer el *quantum* de la remuneración y emitir una condena en concreto, avalada como quedó la metodología empleada por ellos, no queda otra opción que hacer una estimación proporcional de su resultado, de acuerdo con la extensión del activo en mención, que según quedó establecido corresponde al 3,47% del total de la red dispuesta para prestar el servicio a los «*usuarios finales aguas abajo del usuario demandante*»²¹, con la correspondiente indexación a la fecha del presente fallo.

8.3.- Así las cosas, del total de \$12.577.108.366,36 obtenido por los expertos, el 3,47% corresponde a \$436.425.660, suma que se actualiza a partir del 30 de junio de 2021, hasta la fecha de este proveído, con la siguiente fórmula:

²¹ Concepto técnico presentado por Power & Energy. Folio 237 cdno. Corte.

$$VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial.}$$

Donde el IPC inicial será el de junio de 2021 y el IPC final, el de mayo de 2023.

$$VA: \$436.425.660 \times \frac{133.38}{108.78}$$

$$VA: \$535.120.928$$

9.- En conclusión, dado el alcance parcial de la sentencia de casación, se modificará el fallo de primera instancia únicamente en lo que respecta al monto de las condenas allí impuestas. De conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, dadas las resultas del recurso de apelación no se impondrá condena en costas por la segunda instancia.

III.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en sede de segunda instancia,

RESUELVE

Primero: **Modificar** el ordinal tercero de la sentencia proferida el 29 de enero de 2018 por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla en el proceso promovido por

Efraín Botero Salazar contra Electricadora del Caribe S.A. E.S.P., sucedida procesalmente por AIR-E S.A.S E.S.P., en el sentido que la remuneración a favor del demandante y a cargo de la demandada corresponde a la suma de **\$535.120.928**. En lo demás se mantiene en firme.

Segundo: Sin costas por el trámite de la segunda instancia.

Notifíquese y devuélvase

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de la Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

(Con aclaración de voto)

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

(En comisión de servicios)

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente de sala

Hilda González Neira
Magistrada

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado
Aclaración de voto

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: E1D3150D56F5AE18AA1D0C5E8A3C30C231225D8D557B0F1BEFF094510E4C49A9

Documento generado en 2023-09-29



Radicación n.º 08001-31-03-010-2010-00129-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto el sentido de la decisión adoptada por la Sala, respetuosamente me permito aclarar mi voto en punto del trámite impartido a la prueba pericial que recaudó oficiosamente la Corte, en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia de casación CSJ SC3047-2021.

Con ese propósito. es pertinente señalar que el canon 228 del Código General del Proceso permite pedir la aclaración y complementación de un dictamen pericial únicamente en el marco de procesos de filiación –pues los de interdicción e inhabilitación desaparecieron, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1996 de 2019–. En todos los demás casos, deberá acudirse a las formas de contradicción que establece la codificación procesal vigente.

Añádase que la contradicción de las pruebas periciales recaudadas de oficio fue regulada expresamente en el artículo 231 del Código General del Proceso, a cuyo tenor: *«Rendido el dictamen permanecerá en [la] secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia respectiva, la cual sólo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen. Para los efectos de la contradicción del*

*dictamen, el perito **siempre** deberá asistir a la audiencia, salvo lo previsto en el párrafo del artículo 228».*

Lo anterior significa que, tan pronto se presente la probanza pericial, con el lleno de los requisitos que consagra el canon 226 *ejusdem*, el funcionario que tramita la causa deberá convocar al perito a audiencia –que bien puede ser una de las que consagran los artículos 327 o 373 del Código General del Proceso, o a una vista *ad hoc*–, para ser interrogado bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

No es viable, en cambio, que las partes aporten nuevas experticias. Tal cosa solo procede para la contradicción de dictámenes periciales de parte, en los términos del canon 228 del Código General del Proceso, norma que permite «*solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro [dictamen] o realizar ambas actuaciones*»; pero esto únicamente «*a **la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial***», es decir, la contraparte de quien lo aportó. Y, en tratándose de pruebas recaudadas de oficio, no puede afirmarse que exista una parte aportante, y otra contra la cual se adujo la evidencia.

Así las cosas, la contradicción del dictamen pericial de oficio quedó reducida al interrogatorio al perito, que se realizará forzosamente en audiencia. A ello se agrega que el juez que decreta el dictamen oficioso conserva amplias potestades para ordenar que se amplíe o precise el objeto de la probanza técnica, pero, para ejercerlas, no necesita acudir a las herramientas de aclaración o complementación del

dictamen, que el legislador limitó conscientemente para casos excepcionalísimos, ajenos a la problemática descrita.

Hechas estas precisiones, respetuosamente resalto que la Sala tuvo que enfrentarse en esta oportunidad a un complejo trámite de contradicción de la prueba pericial decretada de oficio, en el que, con la anuencia absoluta de todas las partes, terminó ordenándose la complementación de un dictamen, y se permitió la aportación de otros más elaborados a instancias de los litigantes, proceder que no armoniza estrictamente con las pautas formales que describe la legislación civil.

Y aunque, dadas las particularidades de este caso, ello no afectara para nada los derechos de las partes, o la legalidad de las pruebas, considero necesario dejar sentado justamente eso, que el procedimiento de contradicción de la prueba llevado a cabo en este juicio no fue el que prevé nuestra legislación procesal. De no hacerlo, un lector desprevenido podría creer que la experticia oficiosa habilita a las partes para pedir aclaraciones o complementaciones al perito, o para allegar dictámenes de parte –como lo permitió la Sala en este caso–, nada de lo cual corresponde a la configuración actual de nuestra legislación procesal.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones por las cuales aclaro mi voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural.

Fecha *ut supra*,

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado

Firmado electrónicamente por:

**Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 95D109315A3E6A5C09D9B32F6090CD2378927EFE15F4EB64955D8AB9EE854DA3

Documento generado en 2023-09-29