

## CONCEPTO 260 DE 2009

(Marzo 17)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

### SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Radicado No.: **20091300167631**

Fecha: 17-03-2009

Bogotá, D.C.

#### CONCEPTO SSPD – OJ-2009-260

Señor

**ALEXANDER DE LA ESPRIELLA**

[alexanderdelaespriella@hotmail.com](mailto:alexanderdelaespriella@hotmail.com)

**Ref. Su solicitud de concepto<sup>(1)</sup>**

*Se basa la consulta objeto de estudio en determinar si un funcionario de una empresa de energía eléctrica puede dar informe a la empresa de un posible fraude, sin notificar y dejar constancia de este al dueño de la vivienda?*

Las siguientes consideraciones se formulan teniendo en cuenta el alcance del artículo [25](#) del Código Contencioso Administrativo. Por tal razón, es importante precisar que en desarrollo de la función consultiva no es posible **resolver casos particulares** o concretos, pues ello corresponde a las autoridades competentes mediante los procedimientos de rigor y, en tal virtud, tanto las preguntas como las respuestas deben darse en forma genérica de tal manera que puedan predicarse de cualquier asunto en circunstancias similares.

Teniendo en cuenta la anterior precisión, procederemos a pronunciarnos sobre su consulta de manera general y sobre los temas jurídicos que son relevantes de la siguiente manera:

#### **1. FACULTAD SANCIONATORIA DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Sea lo primero señalar que las empresas de servicios públicos no tienen potestad para imponer sanciones pecuniarias a los suscriptores o usuarios del servicio, tal y como se ha venido indicando por la Corte Constitucional, mediante las sentencias de tutela [T-720](#) de 2005, [T-558](#), [T-561](#) y [T-815](#) de 2006, en las cuales se señaló que (i) la facultad sancionatoria de las empresas de servicios públicos domiciliarios es de reserva legal, (ii) no existía una norma de dicho rango que sustentara la imposición de la sanción, por tanto existe imposibilidad de ejercicio por parte de las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, la comisión de regulación de energía y gas tenía una norma en ese sentido, el artículo [54](#) de la Resolución CREG 180 de 1997, norma que fue posteriormente declarada nula por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 8 de julio de 2008.

En esta materia, finalmente es necesario indicar que cualquier discusión al respecto fue resuelta por la misma Corte Constitucional quien mediante Sentencia Unificadora SU-1010 del 16 de octubre de 2008, reitero de manera **DEFINITIVA** que los prestadores no se encuentran facultados por la ley para

imponer sanciones de contenido pecuniario, posición que ya había sido adoptada por esta Superintendencia desde el año 2007.<sup>(2)</sup>

## 2. ENERGÍA DEJADA DE FACTURAR

Ahora bien, en lo que respecta a energía dejada de facturar este tema, aunque no tiene en si mismo una definición legal, si ha tenido desarrollo jurisprudencial muy claro.

Inicialmente tenemos que puntualizar que la Ley 142 de 1994, en su artículo [146](#), dispone lo siguiente:

**"ARTICULO [146](#). La medición del consumo, y el precio en el contrato. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario.**

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

(...)

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

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

Posteriormente la misma ley establece lo siguiente:

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

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

Adicionalmente la la Resolución [CREG-108](#) de 1997, precisa que:

**"Artículo 31. Determinación del consumo facturable para suscriptores o usuarios con medición individual.** Para la determinación del consumo facturable de los suscriptores o usuarios con medición individual se aplicarán las siguientes reglas:

1) Con excepción de los suscriptores o usuarios con medidores de prepago, el consumo a facturar a un suscriptor o usuario se determinará con base en las diferencias en el registro del equipo de medida entre dos lecturas consecutivas del mismo.

2) De acuerdo con el inciso 2º del artículo [146](#) de la ley 142 de 1994, cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período **no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.**

3) Cuando a un suscriptor o usuario se la haya retirado el equipo de medida para revisión y/o calibración, o éste se encuentre defectuoso, **el consumo podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.**

4) En desarrollo de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo [144](#) y el inciso 4º del artículo [146](#) de la ley 142 de 1994, cuando el usuario no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, y la empresa se abstenga de hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor, se entenderá que es omisión de la empresa la no colocación de los medidores.

De los normas citadas anteriormente podemos colegir lo siguiente:

- Cuando no se pueda medir el consumo mediante los instrumentos adecuados, éste se podrá determinar según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales.

- Los contratos de servicios públicos deberán indicar la forma en la que se determinará el consumo en éstos casos.

- La falta de medición del consumo por acción u omisión del usuario justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas antes citadas.

- La empresa está obligada a investigar las desviaciones significativas que presente un usuario frente a consumos anteriores; mientras esto ocurre podrá

facturar utilizando uno de los métodos ya descritos. Aclarada la causa de la desviación podrá cargar o abonar al usuario la diferencia.

Es decir, la regulación reconoce a las empresas de servicios públicos el derecho a facturar los consumos que no se hayan facturado por problemas en la medición. De igual forma, establece la forma en la que se calculará ese consumo: según lo dispongan los contratos uniformes, por promedio de los últimos consumos del mismo suscriptor, o por promedio de suscriptores similares o por aforos individuales.

Ahora bien, en lo que corresponde a la jurisprudencia, esta ha sido clara en considerar que nada impide a las empresas prestadoras de servicios públicos de energía eléctrica, procurar el cobro unilateral de consumos efectuados y no pagados por el usuario, empleando para ello los mecanismos legales disponibles.

Así lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional quien ha dicho lo siguiente:

*“... queda claro que la factura adicional expedida por Electricaribe por concepto de energía consumida dejada de facturar no corresponde propiamente a una sanción pecuniaria. La entidad justifica dicho cobro en las prerrogativas que le otorgan los artículos [149](#) y [150](#) de la Ley 142 de 1994, disposiciones que le permiten **cobrar los servicios no facturados en caso de desviaciones significativas frente a consumos anteriores**. En distintos documentos y más específicamente en la respuesta al Juez 7° Penal Municipal de Barranquilla (fs. 28 a 46, especialmente f 32), la Empresa explica las formulas empleadas para calcular los consumos no registrados, las cuales se ajustan a lo señalado en la Resolución [108](#)*

*de la CREG.*

*Por las anteriores razones, esta Sala de Revisión **considera que el cobro de la energía consumida dejada de facturar no corresponde a una sanción pecuniaria, ajustándose sí a las prerrogativas concedidas por los artículos [149](#) y [150](#) de la Ley 142 de 1994**. Además, tal cobro se realiza por medio de una factura adicional, contra la cual puede interponer el usuario los recursos de la vía gubernativa”.*<sup>(3)</sup>

*“La corte aclaró **que cosa distinta en el cobro por el servicios consumido pero dejado de facturar, para el cual las empresas de servicios públicos se encuentran facultadas para recuperarlo**.*

*Por otra parte, dado que por expresa disposición del artículo [149](#) de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentran facultadas para cobrar el servicios efectivamente consumido pero respecto del cual no han recibido el pago, las empresas accionadas podrán en estos casos, realizar nuevamente la facturación por este aspecto, **trámite en el cual se le deberá indicar de manera clara, precisa y explicativa el valor del servicio consumido y dejado de facturar y la fórmula que se utilizó para su calculo, sin que en ningún caso se pueda incluir o considerar valores por concepto de sanciones pecuniarias**.*<sup>(4)</sup>

*Así mismo, es necesario señalar que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios carecen de la prerrogativa pública de imponer **sanciones***

pecuniarias a los usuarios, tal como lo ha señalado la jurisprudencia y esta Superintendencia en diferentes oportunidades<sup>(5)</sup>

De lo anterior, que la facturación de consumos no cobrados en periodos anteriores, por las causales señaladas en la ley, no constituye una práctica de imposición de sanciones pecuniarias al usuario. En virtud de las normas acá señaladas, es ajustado a la ley que las empresas tomen las medidas legales y contractuales que estén a su alcance para determinar los consumos no facturados y para obtener su pago, en los términos y condiciones señalados en las normas.

### **3. DEBIDO PROCESO**

Ahora bien, el cobro de la energía dejada de facturar no es un procedimiento autónomo e independiente sino que surge de la presencia de circunstancias anómalas que impiden la medición de los consumos durante un periodo de tiempo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo [149](#) de la ley 142 de 1994 antes citado es obligación de las empresas investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores.

En consecuencia de ello, la energía dejada de facturar es un eslabón dentro de un proceso que realiza la empresa para determinar el origen de una situación anómala que no ha permitido que se midan los consumos y que puede obedecer a diferentes causas, dentro de las cuales inclusive pueden estar conexiones o acometidas fraudulentas.

En este último caso, es claro que de acuerdo con la ley 142 de 1994, en sus artículos [140](#) y [141](#) señalan la facultad a las empresas de servicios públicos domiciliarios de que podrán suspender el servicio por fraude en las conexiones, acometidas, medidores o líneas y también podrá proceder al corte del servicio en el caso de acometidas fraudulentas.

Las citadas acciones las podrá tomar la empresa de servicios públicos domiciliarios pues existe norma legal que lo permite, pero deberá dentro del procedimiento para su imposición, respetar el debido proceso dentro del procedimiento de defensa del usuario.

De lo explicado, se tiene que dentro del procedimiento para determinar la energía dejada de facturar se debe respetar el debido proceso al usuario, de tal forma que el usuario pueda ejercer su derecho de defensa en todas las actuaciones que despliegue la empresa para determinar el consumo a cobrar durante el periodo que no se pudo realizar la medición por la presencia de una situación anómala.

El artículo [29](#) de la Constitución Política establece que el debido proceso ha de aplicarse tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas. Lo cual deriva que deban respetar los principios que rigen el debido proceso, entre ellos, los principios de legalidad, tipicidad y contradicción.

El debido proceso se garantiza cuando se le indica al investigado, en el caso de servicios públicos domiciliarios al usuario, los medios de prueba que serán utilizados por cada una de las partes; cuando se determinan los plazos y términos dentro de los cuales podrá actuar el usuario a realizar su defensa; cuando se motivan todos los actos que afecten a particulares; y, entre otros,



cuando se precisan las formas de notificación con indicación de los recursos, entre otros.

En consecuencia, en los eventos de la determinación de la energía dejada de facturar debe garantizarse al usuario el derecho de contradicción antes de que se incluya dentro de la factura.

No puede entonces pretender entenderse garantizado el debido proceso, defensa y contradicción con la sola expedición de una factura por energía dejada de facturar y la posibilidad de que el usuario haga uso de los recursos de vía gubernativa y posteriormente acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Entonces, dentro del procedimiento de investigación de la anomalía que dará origen al cobro de energía dejada de facturar, debe garantizarse (i) el derecho de contradicción del usuario, (ii) que la decisión que culmina el proceso y conlleva a determinar a cuanto asciende la energía dejada de facturar este debidamente motivada, (iii) los medios de prueba que serán utilizados por cada una de las partes, y (iv) las formas de notificación con indicación de los recursos. Lo anterior, con el objetivo de realizar una actuación administrativa por parte de la empresa en donde el usuario se le respete y en consecuencia pueda ejercer su derecho a defensa antes de la expedición y cobro de la factura.

Ahora bien, para efectos de desarrollar lo estipulado en el artículo 29 de la Constitución Nacional y de la Ley 142 de 1994, para garantizar la aplicación del debido proceso y derechos fundamentales **de los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica, en el procedimiento de defensa ante la empresa de servicios públicos domiciliarios,** esta Superintendencia expidió la Circular 011 de 2004.

Dicha circular no surgió para regular la imposición de sanciones pecuniarias al usuario, sino para garantizar el debido proceso dentro del procedimiento de defensa del usuario del servicio de energía eléctrica.

La circular en cita, señala que en toda visita de instalación, revisión o modificación de acometidas y equipos de medida realizada por la empresa, debe suscribirse un acta de visita, ya que este, es uno de los medios de prueba para demostrar la existencia o no de las irregularidades en la medición del consumo, razón por la cual es importante que en el acta se deje constancia del estado del medidor y su funcionamiento, características generales de la conexión, nomenclatura del inmueble, clase de uso o destinación del predio, número de habitantes, y estado de las instalaciones internas.

Para tales efectos concretamente se señaló:

#### **4.4. CONTROL AL FUNCIONAMIENTO DE LOS MEDIDORES**

*La empresa, por iniciativa propia deberá hacer en cualquier tiempo revisiones rutinarias al medidor y a las acometidas, o por petición del usuario, para verificar su estado, su funcionamiento y realizar las normalizaciones del caso que aseguren una adecuada medición del consumo, con el propósito de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 145 de la Ley 142 de 1994.*

**La empresa debe levantar un acta de la verificación en los eventos en que identifique que existe una anomalía o un presunto fraude en el aparato de**

**medida.** Dicha acta se tendrá como indicio. A partir de esta actuación deberá **garantizarse el debido proceso.**

Es importante además, que en el acta de visita se dejen consignados todos los comentarios y observaciones que a bien considere pertinente manifestar el usuario, y todos los datos que se dejen consignados deben ser claros y legibles, sin enmendaduras o tachaduras que afecten la integridad del documento y a partir de dicha instancia se deberá garantizar al usuario el respeto por el debido proceso, permitiendo su participación para efectos de ejercer su derecho de contradicción y presentar todas las pruebas que pretenda allegar a la actuación iniciada por la empresa.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección: <http://www.superservicios.gov.co/basedoc/>. Ahí encontrará normatividad, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, en particular los conceptos emitidos por esta Entidad.

Cordialmente,

**MARINA MONTES ALVAREZ**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

1 Reparto 568 Radicado 2009-529-011086-2

Preparado por: YOLIMA HERNANDEZ ALCALA Asesora Oficina Asesora Jurídica

Revisado por: ANDRÉS DAVID OSPINA RIAÑO Asesor Oficina Asesora Jurídica

Tema: FACULTAD SANCIONATORIA ENERGÍA DEJADA DE FACTURAR DEBIDO PROCESO.

2 SSPD Memorandos 20071300011223 y 20071300093363.

3 Sentencia [T-218](#) de 2007, Referencia: expedientes T-1471373 y T-1477244 (acumulados), Dte. Wigberto Rafael Turizo Guerra y Construcciones Mavi Ltda., contra Electricaribe S.A., ESP., M.P. Ponente: Dr. NILSON PINILLA PINILLA, 22 de marzo de 2007.

4 Sentencia SU-1010/08 Expedientes T-1.410.120 y acumulados. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

5 Consejo de Estado- Expediente 26.520 del 30 de julio de 2008 y SSPD Memorandos 20071300011223 y 20071300093363