

CONTRIBUCION DE SOLIDARIDAD - Exención

La Sala acoge lo expresado en la sentencia de primera instancia, en cuanto a que no incide para nada el efectuar interpretación sobre vocablos tales como exoneración o exclusión, que indistintamente son usados por el Legislador al expedir la Ley 142/94 y 286/96, si se tiene en cuenta que el Decreto 3087 de 1997, reglamentó las leyes mencionadas, y ambas normas son diáfanas en exigir que para la procedencia de la exención debe mediar la solicitud expresa de la entidad usuaria a quien la ley le otorga el beneficio. Se reitera que tiene razón el a-quo al no dar realce a los términos “exclusión” y “exención”, toda vez que el efecto jurídico de las normas contenidas tanto en las citadas leyes como en el decreto reglamentario, es uno solo, el cual consiste en el beneficio de la “exención” (Parágrafo 1º del artículo 6o del Decreto 3087 de 1997) o “exclusión” (artículo 5o de la Ley 286 de 1996) o “no seguir pagando” la contribución de solidaridad, tal como literalmente lo consagra la Ley 142 de 1994, pero condicionado a que medie una solicitud expresa del usuario beneficiado, quien debe presentarla dentro de la oportunidad señalada en la última de las citadas leyes, para tener derecho a gozar de tal beneficio. Así las cosas, el artículo 5o de la Ley 286 de 1996 no derogó el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, específicamente en su numeral 7, como tampoco el Decreto Reglamentario 3087 de 1997 fue más allá del alcance de las normas que reglamentaba, al incluir la palabra “exonerar”, en la medida en que el fin único de las citadas normas es proteger los derechos de los usuarios señalados en los aludidos artículos 89 de la Ley 142 y 5o de la Ley 286 de 1996, otorgándoles el beneficio de no tener que pagar la contribución de solidaridad. En igual forma, no pueden argumentarse tales supuestos, toda vez que si la Ley 286 hubiese derogado la norma de la Ley 142, no existiría en la primera de las nombradas, disposición alguna, que se hubiese remitido al artículo 89 de la segunda, como sí lo hace el artículo 5o de la Ley 286.

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Régimen especial. Pago de lo no debido / PAGO DE LO NO DEBIDO - Servicios públicos domiciliarios. Improcedencia / ERROR EN LA FACTURACION - Término para impugnar: cinco meses / FACTURACION - Término para reclamar: cinco meses

El asunto que se examina trata de obligaciones que exclusivamente se derivan de la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, en la que la demandante, como usuaria, detectó el error en la facturación expedida por CODENSA S.A., al haber contratado una persona especializada en la materia, que permitió estructurar una nueva tarifa, previa las visitas técnicas y cambio de los medidores, de acuerdo con los pruebas que reposan en el expediente. Para la Sala es claro que existió error por parte de CODENSA S.A., al haber aplicado el Nivel I de Tensión y no el Nivel II de Tensión de energía, lo cual generó el pago de lo no debido que aduce la demandante. No obstante, es preciso recordar que los asuntos propios de los Servicios Públicos Domiciliarios se encuentran regulados por normas de carácter especial, como las contenidas en la Ley

142 de 1994, las cuales tienen prevalencia sobre otras leyes que regulen dichos servicios, tal como lo señala el artículo 186 de la aludida Ley. Así las cosas, a juicio de la Sala, tal circunstancia impide dar aplicación a las normas del Código Civil que regulan el pago de lo no debido en el caso que se ventila, ya que el carácter especial de la Ley 142, indudablemente prima sobre las normas generales enunciadas por la parte actora. De manera, pues, que el a-quo tiene razón al considerar que el usuario debió reclamar ante la empresa de servicios sobre el error de facturación, dentro de las oportunidades y términos previstos en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, agregando esta Sala, que en concordancia con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 89 de la misma Ley, en armonía con lo previsto en el Decreto 3087 de 1997, artículo 6, Parágrafo 1º, debe mediar solicitud expresa del usuario del servicio en tal sentido. Norma (inciso 3º del artículo 154 de la Ley 142 de 1994) de la que se deriva la caducidad de la acción para facturas con fechas mayores al término de cinco meses. Por lo tanto, la pretensión de la actora, relativa a la devolución de los dineros pagados por concepto de la Contribución de Solidaridad a partir del mes de julio de 1996 y hasta marzo de 1999, no es jurídicamente viable, como tampoco la cifra que resulte a su favor luego de aplicar la tarifa del nivel II, que correspondía al consumo entre julio de 1987 y septiembre de 1998, ya que las normas descritas por su carácter especial e imperativo no permiten hacer reintegros retroactivos, sino dentro de los cinco meses anteriores a

una reclamación, como en este caso, la presentada el 9 de marzo de 1999.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-27-000-2001-02288-01

Actor: SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL SAN JOSE

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 29 de septiembre de 2004, proferida por la Sección Cuarta -Subsección "A"-, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual negó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. La SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ - HOSPITAL SAN JOSÉ, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que, mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1º: Son nulas las Resoluciones núms. 10467 de 22 de diciembre de 2000 y 2382 de 22 de marzo de 2001, proferidas por el Superintendente Delegado para Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante las cuales se resolvió el recurso de apelación contra las Decisiones 118213 de 10 de mayo y 134996 de 8 de julio de 1999 de CODENSA S.A. E.S.P., que no ordenaron la devolución o compensación de los dineros cobrados indebidamente por concepto de la Contribución de Solidaridad y Redistribución, al aplicar erróneamente una tarifa diferente a la que legalmente le correspondía al usuario.

2º: Que se le ordene a CODENSA S.A. E.S.P. reintegrar o compensar, en forma indexada, a favor de la actora, los dineros indebidamente cobrados y pagados por concepto de la Contribución de Solidaridad a partir del mes de julio de 1996 y hasta marzo de 1999.

3º: Que CODENSA S.A. E.S.P. debe reintegrar o compensar, en forma indexada, a la demandante, la cifra que resulte a su favor luego de aplicar la tarifa del nivel II, que correspondía al consumo entre julio de 1987 y septiembre de 1998.

4º: Que CODENSA S.A. E.S.P. debe reliquidar el acuerdo de pago realizado con la demandante, de manera que los intereses de mora, recargos, y financiaciones imputados durante el mismo período correspondan a la suma adeudada por la actora.

5º: Que se ordene a CODENSA S.A. E.S.P. cancelar intereses corrientes entre julio de 1987 hasta la fecha de la devolución de los mayores valores cobrados a la demandante.

[illegible]

Adujo, en síntesis, los siguientes cargos:

1º: INFRACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 5º DE LA LEY 286 DE 1996.

Manifiesta que esta Ley en forma expresa excluyó del pago de la contribución de Solidaridad y Redistribución a las entidades establecidas en el numeral 7 del artículo 89, ibídem.

Expresa que el Decreto Reglamentario 3087 de 23 de diciembre de 1997, excediendo los términos de la citada Ley, derogó la exclusión que traía la Ley 286 de 1996, para volver a establecer la figura de la exoneración del artículo 89.7 de la Ley 142 de 1994.

Sostiene que la exoneración y la exclusión son dos formas diferentes de beneficiar a unas personas jurídicas en el pago de un gravamen o impuesto, pero con distintos efectos jurídicos, pues mientras que la exoneración implica que tales personas son responsables de la contribución de solidaridad, la exclusión las libera de dicha responsabilidad. Además, para que opere la exoneración el favorecido debe solicitarla, en cambio, la exclusión opera de pleno derecho, sin necesidad de petición.

2º: QUEBRANTO DE LOS DERECHOS E INTERESES DEL HOSPITAL SAN JOSÉ COMO USUARIO DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

Afirma que una vez instalados los equipos de medida de tensión y aprobados por la Empresa de Energía, la actora confió plenamente en que se le aplicaría la tarifa correspondiente, pasando de una condición de usuario del Nivel de Tensión I a usuario del Nivel de Tensión II.

Que esta presunción Constitucional prevista en el artículo 83 y reiterada en la Resolución CREG 108 de 1997, fue violada con la actuación irregular de la Empresa de Energía de Bogotá y continuada por CODENSA S.A. E.S.P, quienes por espacio de 12 años aplicaron una tarifa distinta y más gravosa a la que legalmente correspondía, utilizando un formato inapropiado, como el de las entidades oficiales, para registrar la facturación del Hospital San José. Por lo cual es procedente la devolución, en los términos del artículo 3.17 de dicha Resolución.

Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Delegada para Energía y Gas, en la Resolución impugnada, se limitó a advertir a CODENSA que debería “... *corregir su error, abonando los valores cobrados de más, sin tener en cuenta lo establecido por el artículo 154 de la ley 142 de 1994...*” (folio 11 del cuaderno 1).

Que la Superintendencia al no revocar la negativa de devolución, legalizó la irregularidad en que incurrieron tanto la Empresa de Energía de Bogotá como CODENSA desde julio de 1987, fecha de la instalación de los equipos y de paso quebrantó la función de defensa del usuario, contenida en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994.

Que, además, la conducta asumida por CODENSA, es aún más grave, al tratar de ocultar su irregularidad, negando el derecho de restitución o compensación de lo pagado por la demandante, sin fundamento legal alguno.

Que el pago de lo no debido que desarrollan los artículos 2313, 2315, 2316, 2317 y 2318 del C.C., quedó reducido a una simple advertencia de

la Superintendencia en la Resolución 2382 de 22 de marzo de 2001, cuando lo que debió hacer, fue revocar las decisiones núms. 118213 y 134996 de CODENSA.

Que así mismo, se vulneró lo dispuesto en la Resolución CREG 94 de 1998, la cual propende por la igualdad de tratamiento entre usuarios de igual condición, por cuanto durante 12 años le fue cobrado a la demandante mayores valores por concepto de “... *consumo, intereses de mora, recargos y costos de financiación, en forma indebida...*” (folio 12 del cuaderno 1), lo que hace procedente la devolución o compensación de las sumas pagadas en exceso, aplicando la pérdida del poder adquisitivo del peso durante ese lapso, junto con los intereses de mora, recargos y costos de financiación cobrados indebidamente. Que al resultado de tal operación debe aplicársele los intereses corrientes, según el artículo 2318 del C.C.

I.3. CODENSA S.A. E.S.P., a través de apoderado, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones y expresó al efecto, en síntesis, lo siguiente:

Propone como excepción “**Hechos Nuevos**”, por cuanto no es procedente plantear temas que no se trataron en la vía gubernativa.

Aclara que la vía gubernativa se redujo a tales hechos, que no implicaban *un interés económico superior a los 5 meses anteriores a las respectivas facturas.*

Agrega que una vez CODENSA resolvió las peticiones la actora interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, en el que limitó su descontento a que no se le dio trámite a la petición de reliquidar intereses de mora e intereses sobre saldos insolutos al imputar la causación y compensación en la diferencia de precios entre los niveles I y II y el reintegro correspondiente a los 5 meses de facturación anteriores a febrero de 1999.

Que en consecuencia, todos los escritos presentados posteriormente, “... *durante el trámite de la segunda instancia ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, así como los hechos de la demanda que involucran pretensiones diferentes en cuantía y temporalidad, responden a hechos nuevos y, por ende, inadmisibles en este caso ante la jurisdicción contenciosa*” (folio 150 del cuaderno 1).

2º: Como segunda excepción indica que hubo “**Interpretación errónea del inc. 2º del art. 5º de la ley 286 de 1996. Falta de aplicación del artículo 89-7 de la ley 142 de 1994**”.

Argumenta que el numeral 7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994 no fue derogado por el inciso 2º del artículo 5º de la Ley 286 de 1996, toda vez que el primero de los nombrados se refiere a que los entes descritos en el mismo “**no seguirán pagando**” sobre el valor de sus consumos, cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias y que en el segundo de los citados artículos, **Quedan excluidas** del pago de la contribución. Lo cual,

junto con la definición de “excluír” del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, son términos sinónimos.

Agrega que la actora, además involucra otra norma hoy derogada: el párrafo 1o del artículo 6o del Decreto 3087 de 1997, el cual emplea la palabra “**exentos**” del pago de la contribución, para afirmar erróneamente que el citado párrafo revivió el término de “**exoneración**” de la Ley 142, *“...cuando no existe una interpretación de autoridad que nos indique que la voluntad del legislador fue:*

- *“Eliminar” a través de la palabra “excluír” que figura en la Ley 286 de 1996, el requisito de presentar la solicitud para no seguir pagando la contribución de solidaridad.*
- *“Revivir”, la supuesta “exoneración” por medio de la palabra “exento” que aparece en el Decreto 3087 de 1997 (O sea, que ésta palabra – exento- signifique para el legislador “revivir” una supuesta “exoneración”)* (folio 152 del cuaderno 1).

Añade que de acuerdo con el Diccionario citado, los términos “exento” y “excluír” también son sinónimos, por lo cual queda sin fundamento la ilegalidad del Decreto 3087 de 1997 *“... porque la Ley 286 de 1996 nunca derogó parcialmente la Ley 142 de 1994 y porque el decreto 3087 de 1997 no “revivió” nada diferente a lo que las leyes mencionadas, armónicas entre sí, ya contemplaban”* (folio 154 del cuaderno 1).

3º: **Reconocimiento de la vigencia de la Ley 142 de 1994 y el Decreto 3087 de 1997 por parte de la Demandante**.

Se basa en que como el 2 de marzo de 1999, la demandante presentó petición con fundamento en el numeral 7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, y en el párrafo 1o del artículo 6o del Decreto 3087 de 1997, sin que hubiese hecho la salvedad de la supuesta ilegalidad en la misma, *“...no es procedente acogerse a una norma y pretender desconocerla, cuando nunca se hizo la correspondiente reserva”* (folio 154 del cuaderno 1).

4º: **Improcedencia de reclamaciones por facturación anterior a 5 meses**.

Aduce que existe un error en la parte motiva de la Resolución 2382 de 22 de marzo de 2001 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en lo atinente a las reclamaciones por facturas anteriores a 5 meses, por cuanto en la citada Resolución se expresa:

“(…), se considera pertinente advertirle a la empresa sobre lo siguiente:

Mientras se mantengan las mismas condiciones que dieron origen al cambio de tarifa, la empresa está en la obligación de aplicar la que corresponda. En caso contrario, deberá corregir su error, abonando todos los valores cobrados de más, sin tener en cuenta lo establecido por el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, es decir, así se presente una

*reclamación por fuera de término, la empresa deberá tener en cuenta que a partir de que se dio aplicación correcta a la tarifa, **esta opera de pleno derecho**.*” (el resaltado es de la demandada). (Folio 155 del cuaderno 1).

Que no obstante lo anterior, el artículo 154, inciso 3º de la Ley 142 de 1994, señala:

*“El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. **En ningún caso**, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos”* “El resaltado es de la demandada. (folio 155 del cuaderno 1).

Que de acuerdo con la norma, la expresión: “en ningún caso”, es “... lo suficientemente contundente y concluyente de cualquier conflicto anterior a 5 meses de facturación” (Folio 156 del cuaderno 1).

I.4.- La Superintendencia de Servicios Públicos, a través de apoderado, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual se basa en los siguientes argumentos:

Afirma que conforme al texto del artículo 89.7 de la Ley 142 de 1994, para que opere la exoneración ante la entidad prestadora de servicios, debe el usuario solicitarla.

Que el Decreto 3087 de 1997 determina que para que opere la exención debe haber solicitud previa por parte del usuario ante la empresa prestadora de servicio.

Por otra parte, indica, contrario a lo que manifiesta la parte actora, que el artículo 5o de la Ley 286 de 1996 no derogó ni modificó el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, puesto que la Ley 286 en el citado artículo sólo hace una remisión al artículo 89, de tal forma que la exigencia de solicitud de la exoneración sigue siendo vigente.

Sostiene que la Superintendencia no se limitó a efectuar simples advertencias a CODENSA, pues mediante la Resolución 002382 de 22 de marzo de 2001 se le da la razón al recurrente en cuanto a la aplicación de la tarifa y que dio lugar a que se le reliquidara la cuenta desde septiembre de 1998, con la orden de abonar la suma de \$34.840.682.

Agrega que con relación al oficio de 16 de septiembre de 1999, la Superintendencia consideró que debían reliquidarse los intereses por saldo insoluto o recargos, tal como aparece en la Resolución 002382 y, que el Ente de Control, no podía pronunciarse sobre peticiones posteriores a agosto de 1999 por ser hechos nuevos.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo negó las pretensiones de la demanda, en esencia, por lo siguiente:

Considera que es importante tener en cuenta lo afirmado por la parte actora, respecto a que solamente a partir de febrero de 1999, efectuó las correspondientes reclamaciones y que en su condición de entidad sin ánimo de lucro, tenía derecho a la exoneración de la contribución solidaria.

Que en relación con la censura contra los actos administrativos, que se refieren a la violación de la Ley 286 de 1996 y a la inaplicabilidad del Decreto 3087 de 1977, considera que no tiene incidencia alguna efectuar interpretación sobre los vocablos exoneración o exclusión, usados en las Leyes 142 de 1994 y 286 de 1996, ya que ambas leyes reglamentadas por el Decreto 3087 de 1997, requieren para la procedencia de la exención, de la solicitud expresa de la entidad usuaria.

Sostiene que las actuaciones de las entidades demandadas se ajustan a la normatividad contenida en las Leyes 142 de 1994 y 286 de 1996, al reconocer la exención de la contribución de solidaridad y abonar lo pagado por la demandante, a partir de su solicitud de 2 de marzo de 1999. Que fue la demandante la que *“...no dio en oportunidad debida el cumplimiento de la ley para gozar de la exención y no las entidades demandadas, no existiendo trasgresión a las normas en la forma que lo argumenta la actora”* (folio 257 del cuaderno 1).

Respecto al segundo cargo, por violación de derechos e intereses de la actora, consagrados en el artículo 83 de la C.P. y en la Resolución CREG. núm. 108 de 1997, donde la parte demandante anota acerca del error en que incurrió CODENSA S.A. en la facturación, al aplicar una tarifa diferente al Nivel II y, por ende, existir el pago de lo no debido, cuyos valores deben ser restituidos desde el año 1987, señala el Tribunal que no se encuentra prueba en el proceso demostrativa de que la demandante reuniera las condiciones de usuario no regulado para que CODENSA S.A. estuviera obligada a devolver tales sumas desde el año 1987 a 1998, *“... dado que fue a partir de las visitas que se efectuaron... que obtuvieron por parte de la empresa la facturación al nivel II de Tensión, dando como resultado que accediendo a sus reclamaciones se devolvieran las sumas facturadas por diferencia en los niveles”* (folio 258 del cuaderno 1).

Agrega que los actos expedidos por las demandadas, no son contrarios a los principios de la buena fe, como tampoco puede predicarse trato diferencial ni abuso de posición dominante y engaño a la parte actora, por cuanto fue la demandante, quien a través de un ingeniero, la que presentó los proyectos y reclamaciones respectivas que permitieron a CODENSA estructurar una nueva tarifa, previa las visitas técnicas, corrección y cambio de los medidores, tal como dan cuenta los actos impugnados.

Afirma que si el usuario no está de acuerdo con lo que cobra la empresa de servicios, necesariamente debe presentar la reclamación respectiva dentro de los términos previstos en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, máxime si se tiene en cuenta que los errores en el caso en comento, se debieron a una situación especial por circunstancias técnicas que

requerían un desarrollo de trabajos especializados, tal como se dio en el presente evento, cuyo error fue subsanado por la empresa de servicios una vez tuvo conocimiento del mismo, *“... y es a partir del establecimiento del error que CODENSA S.A. debe seguir facturando y otorgar a las reclamaciones presentadas dentro de su oportunidad las devoluciones conforme al error que presentaban”* (folio 259 del cuaderno 1).

Añade que el derecho a solicitar la reclamación por los errores en la facturación tiene un plazo establecido en la norma, *“... no existiendo reclamaciones por la parte actora por facturas entre el año de 1987 y 1988... para ordenar las devoluciones de pagos que no fueron reclamados oportunamente,... lo cual permite concluir que no existe ilegalidad de los actos impugnados, en la aplicación del artículo 154 de la ley 142 de 1994 por parte de CODENSA S.A. que permita acceder a las pretensiones de la demanda”* (folios 259 y 260 del cuaderno 1).

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la parte actora finca su inconformidad, principalmente, en lo siguiente:

Anota que el Tribunal no analizó de fondo y rechazó la excepción de ilegalidad propuesta, desconociendo las normas y principios del derecho sobre el pago de lo no debido, especialmente cuando se trata de proteger a los usuarios de un servicio público.

Hace ver que la sentencia no atendió el cargo de violación del artículo 50 de la Ley 286 de 1996, respecto al cambio del concepto de “exclusión” por el de “exoneración” del Decreto Reglamentario 3087 de 1997. Además que el Tribunal no analizó las profundas y marcadas diferencias entre dichos términos, limitándose a verlas como una mera interpretación de vocablos.

Agrega que en la sentencia no se estudio que el Nivel II de Tensión, equivalía a un usuario no regulado, como tampoco da razón acerca del por qué lo pagado en exceso no puede ser devuelto en esta instancia, y que su análisis no es serio en cuanto afirma que no existe prueba sobre la calidad de usuario no regulado, omitiendo tener en cuenta que en el expediente fueron aportadas las actas anuales de visita practicadas por la Empresa de Energía de Bogotá y CODENSA respectivamente entre 1987 y 1999.

Aduce que el Tribunal se basó en que era aplicable la caducidad de los reclamos directos en sede administrativa que trata el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, sin detenerse a examinar las figuras del pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa, es decir, no analizó los artículos 2313, 2315, 2316, 2317 y 2318 del C.C. y, por consiguiente, desconoció que el fenómeno del pago de lo no debido no es exclusivo de la jurisdicción civil *“... como pareció entenderlo erróneamente el Tribunal en la sentencia impugnada, sino que para el caso en estudio es propia también de la jurisdicción contenciosa administrativa...”* (folio 15 del cuaderno 2).

Sostiene que el Tribunal no entendió que al tratarse de la prestación de un servicio público, las relaciones están basadas en el principio de la buena fe, en las cuales el usuario no tenía por qué verse obligado a contratar una persona especializada para corroborar la forma de los cobros por consumo, y que demostrado el error se limiten a devolver *“... cinco meses cuando han venido cobrando sumas injustificadas por intereses de mora, refinanciación de la deuda y cortes del servicio. El favorecimiento que da el Tribunal a la empresa al desconocer que es ante el juez a través de la acción intentada que se debe reclamar, coloca a los usuarios del servicio de energía en posición de indefensión y de desamparo frente a las posiciones dominantes y prevalentes de las empresas de servicios públicos”* (folio 15 del cuaderno 2).

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala debe circunscribir su estudio a los motivos de inconformidad del recurrente, esto es, la parte actora, que es la única que tiene interés para recurrir.

Ahora bien, para abordar el estudio del recurso de apelación, y con el fin de dar un desenlace claro y ordenado a este asunto, se estima pertinente precisar que las normas sobre las cuales basó su actuación el Superintendente Delegado para Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios son las que se citan a continuación:

Ley 142 de 1994, artículo 89.7:

“Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta ley, los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud, y los centros educativos y asistenciales sin ánimo de lucro, no seguirán pagando sobre el valor de sus consumos el factor o factores de que trata este artículo. Lo anterior se aplicará por solicitud de los interesados ante la respectiva entidad prestadora del servicio público. Sin excepción, siempre pagarán el valor del consumo facturado al costo del servicio”.

Ley 286 de 1996, artículo 5:

“Quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994”.

Decreto 3087 de 1997, artículo 6, Parágrafo 1º:

“Están exentos del pago de la contribución de solidaridad los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud y los centros educativos y asistenciales sin ánimo de lucro que así lo soliciten a la respectiva entidad prestadora del servicio público. Sin excepción siempre pagarán el valor del consumo facturado al valor del servicio”.

En esencia, la demanda se centra en dos cargos de violación: “Infracción directa del artículo 5 de la Ley 286 de 1996” y “Quebranto de los derechos e intereses del Hospital San José como usuario del servicio de energía eléctrica”.

Respecto del primer cargo, la Sala acoge lo expresado en la sentencia de primera instancia, en cuanto a que *no incide para nada el efectuar interpretación sobre vocablos tales como exoneración o exclusión, que indistintamente son usados por el Legislador al expedir la Ley 142/94 y 286/96, si se tiene en cuenta que el Decreto 3087 de 1997, reglamentó las leyes mencionadas, y ambas normas son diáfanas en exigir que para la procedencia de la exención debe mediar la solicitud expresa de la entidad usuaria a quien la ley le otorga el beneficio.*

Se reitera que tiene razón el a-quo al no dar realce a los términos “exclusión” y “exención”, toda vez que el efecto jurídico de las normas contenidas tanto en las citadas leyes como en el decreto reglamentario, es uno solo, el cual consiste en el beneficio de la “exención” (Parágrafo 1º del artículo 6º del Decreto 3087 de 1997) o “exclusión” (artículo 5º de la Ley 286 de 1996) o “no seguir pagando” la contribución de solidaridad, tal como literalmente lo consagra la Ley 142 de 1994, pero condicionado a que medie una solicitud expresa del usuario beneficiado, quien debe presentarla dentro de la oportunidad señalada en la última de las citadas leyes, para tener derecho a gozar de tal beneficio.

Así las cosas, el artículo 5º de la Ley 286 de 1996 **no derogó** el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, específicamente en su numeral 7, como tampoco el Decreto Reglamentario 3087 de 1997 fue más allá del alcance de las normas que reglamentaba, al incluir la palabra “exonerar”, en la medida en que el fin único de las citadas normas es proteger los derechos de los usuarios señalados en los aludidos artículos 89 de la Ley 142 y 5º de la Ley 286 de 1996, otorgándoles el beneficio de **no tener que pagar la contribución de solidaridad.**

En igual forma, no pueden argumentarse tales supuestos, toda vez que si la Ley 286 hubiese derogado la norma de la Ley 142, no existiría en la primera de las nombradas, disposición alguna, que se hubiese remitido al artículo 89 de la segunda, como sí lo hace el artículo 5º de la Ley 286.

De manera que no es acertado el argumento de la actora, al querer pretender justificar la ilegalidad de los actos administrativos expedidos por la Entidad demandada, valiéndose de las “diferencias” de los términos antes enunciados, cuando lo real y cierto es que debe aplicarse la hermenéutica jurídica acerca de lo que quiso decir el legislador a través de las prenombradas Leyes y el decreto que reglamentaba las mismas.

Por ello, tiene razón el apoderado de CODENSA S.A., en la contestación de la demanda, quien se fundamentó en el artículo 28 del Código Civil, para explicar que la distinción de tales vocablos, no contiene un asidero legal que ponga en entredicho la debida y armónica aplicación de las normas antes referidas, por parte de la Administración.

En este orden de ideas, este cargo no tiene vocación de prosperar.

En lo que respecta al segundo cargo, denominado “**QUEBRANTO DE LOS DERECHOS E INTERESES DEL HOSPITAL DE SAN JOSÉ COMO USUARIO DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA**”, que se fundamenta esencialmente en que existió error de facturación desde el año 1987, toda vez que CODENSA S.A., aplicó erróneamente la tarifa para usuarios del Nivel de Tensión I, cuando debió tener en cuenta que la demandante tenía la condición de usuario del Nivel de Tensión II, lo cual, a su juicio, constituye pago de lo no debido, que debe ser restituido desde tal fecha, con fundamento en las normas del Código Civil que tratan sobre este tema, las cuales fueron enunciadas en el libelo de la demanda.

Así mismo, porque la actora alega que las Resoluciones expedidas por la demandada se encuentran incursas en ilegalidad, al no haber revocado la decisión de CODENSA S.A. que negaban la refinanciación de la deuda y la aplicación del artículo 154 de la Ley 142 de 1994.

Como ya se vio, el Tribunal en la sentencia impugnada, afirma que no se encuentra prueba en el proceso de que la demandante reuniera las condiciones de “usuario no regulado” para que CODENSA S.A. estuviera obligada a devolver tales sumas desde el año 1987 a 1998; argumento que el demandante reposta indicando en el sustento del recurso de apelación, que en el expediente existen pruebas sobre las actas levantadas por la Empresa de Energía de Bogotá y CODENSA S.A. desde el año 1987, que demuestran su condición de usuario no regulado.

Así mismo, sustentó que en la sentencia no existe estudio acerca de que el “*Nivel II de tensión en los cargos de energía, equivalía a usuario no regulado...*” (folio 13 del cuaderno 2).

Al respecto, es importante mencionar que dentro de las pruebas solicitadas por el a-quo, se encuentra el oficio núm. 0142 de 13 de noviembre de 2003, suscrito por la Subdirección de Minas y Energía del Departamento Nacional de Planeación, en cuyos apartes se expresa:

“... le informamos que una vez revisados los archivos de este Departamento, hemos ubicado las resoluciones de la Junta Nacional de Tarifas entre los años 1986 y 1993 cuyo objeto era el establecimiento de tarifas para la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá o para el servicio de energía eléctrica a nivel nacional.

Es necesario clarificar que entre 1986 y 1990 no existían conexiones a nivel II de tensión sino conexiones a Media Tensión (entre 11.4 y 100 kV). Posteriormente con la expedición del decreto 1555 de 1990, se estableció que el Nivel 2 es aquella tensión nominal mayor o igual a 1 KV y menor a 30 KV suministrado en la modalidad trifásica o monofásica (...)” (folio 193). (Las subrayas son de la Sala).

En este punto, la Sala considera que si bien es cierto mediante las actas se demuestra la condición de usuario de la parte demandante, también lo

es, que de acuerdo con el documento transcrito, NO ostenta la calidad de “usuario no regulado”, antes del año de 1990.

Por otra parte, el Tribunal sostiene que cuando exista error en la facturación, el usuario debe reclamar a la empresa de servicios, dentro de los términos y oportunidades señalados en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994. En similar forma, se pronuncia el apoderado de CODENSA S.A., al manifestar que el inciso 3º del artículo 154 de la Ley 142 de 1994, es muy claro al establecer que “En ningún caso” proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco meses de haber sido expedidas. A su vez la demandante, en la sustentación del recurso de apelación afirma que una cosa es la caducidad de los reclamos directos y, otra, es la figura del pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa.

Sobre este particular, la Sala entra a analizar la naturaleza de las normas acusadas, en particular el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, para efectos de determinar si en el presente caso, es correcta la devolución de los cinco meses por error en la facturación, o si son aplicables las normas del Código Civil, relativas al pago de lo no debido, con el fin de establecer si hubo violación al principio de la buena fe y, por ende, abuso del poder dominante.

En efecto, el asunto que se examina trata de obligaciones que exclusivamente se derivan de la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, en la que la demandante, como usuaria, detectó el error en la facturación expedida por CODENSA S.A., al haber contratado una persona especializada en la materia, que permitió estructurar una nueva tarifa, previa las visitas técnicas y cambio de los medidores, de acuerdo con los pruebas que reposan en el expediente.

Para la Sala es claro que existió error por parte de CODENSA S.A., al haber aplicado el Nivel I de Tensión y no el Nivel II de Tensión de energía, lo cual generó el pago de lo no debido que aduce la demandante. No obstante, es preciso recordar que los asuntos propios de los Servicios Públicos Domiciliarios se encuentran regulados por normas de carácter especial, como las contenidas en la Ley 142 de 1994, las cuales tienen prevalencia sobre otras leyes que regulen dichos servicios, tal como lo señala el artículo 186 de la aludida Ley.

Así las cosas, a juicio de la Sala, tal circunstancia impide dar aplicación a las normas del Código Civil que regulan el pago de lo no debido en el caso que se ventila, ya que el carácter especial de la Ley 142, indudablemente prima sobre las normas generales enunciadas por la parte actora.

De manera, pues, que el a-quo tiene razón al considerar que el usuario debió reclamar ante la empresa de servicios sobre el error de facturación, dentro de las oportunidades y términos previstos en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, agregando esta Sala, que en concordancia con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 89 de la misma Ley, en armonía con lo previsto en el Decreto 3087 de 1997, artículo 6, Parágrafo 1º, debe mediar solicitud expresa del usuario del servicio en tal sentido.

Por consiguiente, el pago de lo no debido reclamado en esta oportunidad por la actora, no es procedente, en primer lugar, porque no se encuentra prueba de que la demandante reuniera las condiciones de usuaria no regulada, máxime si se tiene en cuenta que el Oficio 0142 de 13 de noviembre de 2003, antes transcrito, precisa que entre el año 1986 a 1990, no existían conexiones de Nivel II.

En segundo término, porque al considerar y aceptar que el error fue subsanado a partir del 9 de marzo de 1999, fecha en que hizo la reclamación la actora a CODENSA S.A., solo tenía derecho a la devolución de cinco meses, ya que las normas antes reseñadas, son muy claras al establecer que debe mediar *“solicitud de los interesados ante la respectiva entidad prestadora del servicio público”*, para tales efectos. Y por cuanto el inciso 3º del artículo 154 de la Ley 142 de 1994, señala:

*“El recurso de reposición contra los actos que resuelvan las reclamaciones por facturación deben interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de conocimiento de la decisión. **En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos**”* (las subrayas y negrillas son ajenas al texto).

Norma de la que se deriva la caducidad de la acción para facturas con fechas mayores al término de cinco meses. Por lo tanto, la pretensión de la actora, relativa a la devolución de los dineros pagados por concepto de la Contribución de Solidaridad a partir del mes de julio de 1996 y hasta marzo de 1999, no es jurídicamente viable, como tampoco la cifra que resulte a su favor luego de aplicar la tarifa del nivel II, que correspondía al consumo entre julio de 1987 y septiembre de 1998, ya que las normas descritas por su carácter especial e imperativo no permiten hacer reintegros retroactivos, sino dentro de los cinco meses anteriores a una reclamación, como en este caso, la presentada el 9 de marzo de 1999.

En este orden de ideas, tampoco puede predicarse que hubo violación al principio de la buena fe y, por ende, abuso de poder dominante, por parte de CODENSA S.A., ya que a partir del 9 de marzo de 1999, fecha en que la actora efectuó la reclamación a CODENSA S.A., al enterarse de la irregularidad en la facturación se permitió a la citada empresa de servicios estructurar una nueva tarifa, previa las visitas técnicas, corrección y cambio de los medidores, y efectuar la devolución respectiva, de que dan cuenta los actos impugnados.

Por último, respecto a la simple advertencia a CODENSA S.A. por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que alega la demandante como ilegalidad de los actos, consta en la Resolución 002382 de 2001, que el Ente de Control no se limitó a ello, ya que no solo le dio razón al recurrente, en lo atinente a que el nivel de tensión aplicable al Hospital era el Nivel II y no el I, sino que ordenó la reliquidación de la cuenta desde septiembre de 1998, por la suma de \$34'840.682. Lo anterior demuestra que sí se pronunció al respecto, y su actuar se ajustó a derecho.

En este orden de ideas, el cargo en estudio tampoco tiene vocación de prosperidad.

En consecuencia, la Sala estima que debe confirmarse la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala el día 22 de abril de 2009.

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

Presidenta

**MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN MARCO ANTONIO VELILLA
MORENO**