



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 328 DE 2023

(junio 6)

Ref. Solicitud de concepto^ω

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1369 de 2020^(a) la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios es competente para "...absolver las consultas jurídicas externas relativas al régimen de los servicios públicos domiciliarios".

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011^(a) sustituido por el artículo 1o de la Ley 1755 de 2015^(a)

Por otra parte, la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así lo establece el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

CONSULTA

A continuación, se transcribe la consulta elevada:

"Conforme a lo indicado en el concepto 572 de 2022 mediante el cual se dio respuesta a la consulta elevada con el fin de dar solución a la discrepancia frente a la interpretación del término con el que cuentan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para adelantar la investigación previa por desviación significativa y considerando lo dispuesto en los artículos 149 y 150 de la ley 142: (...)

Agradecemos aclarar lo siguiente:

- ¿Con cuántos meses cuentan las Empresas de Servicios Públicos para adelantar la investigación de las desviaciones significativas frente a consumos anteriores?

- ¿Con cuántos meses cuentan las Empresas de Servicios Públicos para cobrar los valores que no fueron facturados por estar adelantando una investigación por desviación significativa?" (sic)

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Ley 142 de 1994⁽⁶⁾

Resolución CREG 108 de 1997⁽⁶⁾

Resolución CRA 943 de 2023⁽⁷⁾

Concepto Unificado No. 34 de 2016

Concepto SSPD-OJ-2022-572

CONSIDERACIONES

Previo a resolver la consulta planteada, es preciso indicar que en sede de consulta no es procedente emitir pronunciamientos y/o decidir situaciones de carácter particular y concreto, teniendo en cuenta que los conceptos constituyen orientaciones que no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia y no tienen carácter obligatorio o vinculante, siendo que se emiten conforme con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 introducido por sustitución en la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

Claro lo anterior, se procederá a dar una orientación en términos generales, partiendo de lo expuesto en las consideraciones del concepto SSPD-OJ-2022-572 al que se alude en la presente consulta, respecto de las investigaciones por desviaciones significativas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, la medición del consumo debe ser el elemento esencial para determinar el precio que se cobra en la factura, con base en las metodologías tarifarias fijadas por la respectiva comisión de regulación.

Esta medición, sin embargo, debe ser física y técnicamente posible. La norma señala lo siguiente:

“Artículo 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 periodo 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. (...).” (Subraya fuera de texto)

Conforme con la norma transcrita, ante la imposibilidad de realizar la medición de los consumos con instrumentos de medida, sin que medie acción u omisión de las partes del contrato, su valor podrá establecerse por un período, a través de las formas autorizadas por la norma y que deben estar incluidas en los contratos de condiciones uniformes: (i) con base en la factura de períodos anteriores; (ii) a partir de la facturación de suscriptores o usuarios que tengan circunstancias semejantes y (iii) mediante aforo individual.

Por su parte, el artículo 149 de la Ley 142 de 1994, los prestadores de servicios públicos domiciliarios, previo a la preparación de la factura de cobro del servicio, están en la obligación de verificar si se presenta una desviación significativa. Para el efecto, deben verificar si existe una variación positiva o negativa que supere un rango determinado en relación con el consumo promedio histórico del usuario, conforme con lo indicado en la regulación o el contrato, dependiendo el servicio de que se trate. La norma señala:

“ARTÍCULO 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.” (Subraya fuera de texto)

En cumplimiento de la norma en cita, todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios, al preparar las facturas, están obligados a investigar las desviaciones significativas frente a consumos anteriores y determinar las causas de las mismas, con el objeto de recuperar los consumos o reconocer los valores pagados de más, según sea el caso.

Ahora bien, es de aclarar que no existe procedimiento legal para adelantar la investigación por desviaciones significativas; motivo por el cual, los prestadores de servicios públicos deben ceñirse al procedimiento que para el efecto deben establecer, en el contrato de condiciones uniformes de servicios públicos, el cual debe respetar el debido proceso y, por ende, el derecho de contradicción y defensa de los suscriptores o usuarios.

Para mayor claridad se señalará la normativa en materia de desviación significativa de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica y gas combustible, así:

i) Servicios públicos de acueducto y alcantarillado

En efecto, sobre la investigación por desviación significativa para los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, el artículo 1.13.1.6 de la Resolución CRA 943 de 2021, señala lo siguiente:

“Artículo 1.13.1.6. DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS. Para efectos de lo previsto en el artículo 149 de la Ley 142 de 1994, se entenderá por desviaciones significativas, en el período de facturación correspondiente, los aumentos o reducciones en los consumos, que comparados con los promedios de los últimos tres períodos, si la facturación es bimestral, o de los últimos seis períodos, si la facturación es mensual, sean mayores a los porcentajes que se señalan a continuación:

- a. Treinta y cinco por ciento (35%) para usuarios con un promedio de consumo mayor o igual a cuarenta metros cúbicos (40m³).
- b. Sesenta y cinco por ciento (65%) para usuarios con un promedio de consumo menor a cuarenta metros cúbicos (40m³).

c. Para las instalaciones nuevas y las antiguas sin consumos históricos válidos, el límite superior será 1.65 veces el consumo promedio para el estrato o categoría de consumo y el límite inferior será 0.35 multiplicado por dicho consumo promedio. Si el consumo llegara a encontrarse por fuera de estos límites, se entenderá que existe una desviación significativa.

PARÁGRAFO. En zonas donde exista estacionalidad en el consumo, la comparación del consumo a la que se refiere este artículo, podrá realizarse con el mismo mes del año inmediatamente anterior.

(Resolución CRA 151 de 2001, art. 1.3.20.6)."

En consecuencia, en el artículo transcrito, se establecen los porcentajes específicos, a partir de los cuales se entiende que existe una desviación significativa, tanto para los aumentos como en las reducciones de los consumos que, comparados con los promedios de los últimos tres períodos, si la facturación es bimestral, o de los últimos seis períodos, si la facturación es mensual, sean mayores a estos porcentajes.

A su turno, el artículo 2.7.3.5 de la Resolución CRA 943 de 2021 la cual compiló el artículo 1.3.21.5 de la Resolución CRA 151 de 2001 señala lo siguiente:

"**ARTÍCULO 2.7.3.5. BIENES O SERVICIOS NO COBRADOS EN LA FACTURA.** Cuando la factura se entregue al usuario de acuerdo con el calendario de facturación, pero por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores, no se le haya incluido el cobro de bienes o servicios, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 150 de la Ley 142 de 1994."

De manera que, de conformidad con los artículos 149 de la Ley 142 de 1994 y las disposiciones de la Resolución CRA 943 de 2021, a partir del período de facturación, es posible concluir que previo a la preparación de la factura de cobro del servicio de cada período, debe investigar las desviaciones significativas entre el consumo registrado del suscriptor o usuario, para establecer los aumentos o reducciones en los consumos que, comparados con los promedios de los últimos tres períodos, si la facturación es bimestral, o de los últimos seis períodos si la facturación es mensual, sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato.

ii) Servicios públicos de energía y gas combustible

Respecto de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, el artículo 37 de la Resolución CREG 108 de 1997⁽⁸⁾ señala lo siguiente:

"**Artículo 37. Investigación de desviaciones significativas.** Para elaborar las facturas, es obligación de las empresas adoptar mecanismos eficientes que permitan someter su facturación a investigación de desviaciones significativas entre el consumo registrado del suscriptor o usuario durante un período de facturación y sus promedios de consumo anteriores.

PARÁGRAFO 1o. Se entenderá por desviaciones significativas, en el período de facturación correspondiente, los aumentos o reducciones en los consumos que, comparados con los promedios de los últimos tres períodos, si la facturación es bimestral, o de los últimos seis períodos si la facturación es mensual, sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato. (...)
(Subraya y negrilla fuera de texto)

Al respecto es de indicar que, la sección primera del Consejo de Estado, mediante auto 11001 03 24 000 2020 00058 00 del 5 de abril del 2021, atendiendo la solicitud efectuada por la Procuraduría General de la Nación, decretó la suspensión provisional de la expresión "los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato" del párrafo 1 del artículo 37 de la Resolución 108 de 1997, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, auto contra el cual, fue interpuesto el recurso de súplica por parte de la CREG

No obstante, en punto a la facturación en los casos de desviaciones significativas para el servicio de energía eléctrica, es pertinente señalar que mientras se establece la causa de la desviación del consumo, el prestador deberá determinarlo con base en: i) los consumos anteriores del usuario, ii) en los consumos promedios de suscriptores y/o usuarios en condiciones semejantes o iii) mediante aforo individual, de acuerdo con lo que haya establecido el contrato de condiciones uniformes. Lo anterior, en atención a lo establecido en el artículo 149 de la Ley 142 de 1994 citado y en el artículo 38 de la Resolución CREG 108 de 1997, que dispone lo siguiente:

“Artículo 38. Facturación en caso de desviaciones significativas. Mientras se establece la causa de desviación del consumo, la empresa determinará el consumo con base en los consumos anteriores del usuario, o con los consumos promedios de suscriptores o usuarios en circunstancias semejantes, o mediante aforo individual, de acuerdo con lo establecido en los contratos de condiciones uniformes. En la factura de cobro deberá especificarse la causa de la desviación.”

Posteriormente, una vez se haya identificada la causa de la desviación, el prestador deberá establecer las diferencias entre los valores facturados y los que serán abonados o cargados al usuario o suscriptor, según sea el caso, en el siguiente periodo de facturación. Asimismo, cuentan con un término máximo de cinco (5) meses para cobrar el valor que, por error, omisión o investigación de desviación significativa, no pudieron facturar de forma oportuna, salvo que se compruebe dolo por parte del usuario, en atención a lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la mencionada resolución:

“Artículo 39. Restablecimiento económico por desviaciones significativas. Una vez aclarada la causa de las desviaciones, la empresa procederá a establecer las diferencias entre los valores facturados, que serán abonados o cargados al suscriptor o usuario, según sea el caso, en el siguiente periodo de facturación.”

“Artículo 40. Plazo máximo para realizar la investigación de desviaciones significativas y el cobro de servicios no facturados por error u omisión. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 de la ley 142 de 1994, al cabo de cinco (5) 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.”

En concordancia con el recorrido normativo para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía y gas combustible, es pertinente hacer referencia al contenido del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, en el que se dispuso lo siguiente:

“Artículo 150. De los Cobros Inoportunos. Al cabo de cinco meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario” (Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, la norma señala un límite de cinco (5) meses después de haber entregado las facturas, para que los prestadores cobren bienes y servicios que no facturaron por error, omisión o investigación de desviaciones significativas.

En todo caso, y como se había indicado en las consideraciones del mencionado concepto SSPD-OJ-2022-572: “Es importante precisar que el término de cinco (5) meses, establecido en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, no es un plazo legal para realizar las investigaciones por desviaciones significativas, mientras se efectúa el cobro estimado del consumo; sino que corresponde al término máximo para la inclusión en la factura del cobro de los valores resultantes de la investigación por desviación significativa correspondiente.”

De conformidad con lo anterior, este término debe contarse desde el momento en que se entregó la factura del consumo o servicio no cobrado. Al respecto, esta Oficina Asesora se pronunció a través del concepto unificado SSPD-OJ-2016-34, actualizado el 25 de junio de 2019, en el que se indicó lo siguiente:

“4.1 Límite temporal del segundo inciso del artículo 150 de la Ley 142 de 1994

De la lectura del artículo 150 citado se desprenden con facilidad dos reglas. La primera regla establece un límite de cinco (5) meses después de haber entregado las facturas para que los prestadores cobren bienes y servicios que no facturaron por error, omisión o investigación de desviaciones significativas. La segunda regla, que es objeto del presente concepto, es una excepción a la primera. En efecto, cuando se comprueba dolo del suscriptor o usuario, los prestadores pueden cobrar los bienes o servicios no facturados en cualquier momento por lo que el límite de los cinco (5) meses no es aplicable en esos casos. De otra parte, es posible que ese tipo de conductas se ajusten a delitos como el de defraudación de fluidos.

Es importante notar que los prestadores pueden incurrir en errores u omisiones como consecuencia del dolo del suscriptor o usuario. También, pueden presentarse investigaciones por desviaciones significativas como consecuencia del dolo de usuario o suscriptor. En estos casos, surge la duda acerca de cuál es el término aplicable para que el prestador de servicios públicos haga el cobro correspondiente.

Una primera lectura diría que, al tratarse de situaciones expresamente previstas en la ley, el término sería el del primer inciso del artículo 150 de la Ley 142 de 1994. Sin embargo, esta argumentación llevaría a que los prestadores asumieran la carga derivada de las conductas dolosas de los usuarios. Esta conclusión es contraria al principio de eficiencia que orienta al régimen de servicios públicos domiciliarios. Efectivamente, si no se permite a los prestadores recuperar esos consumos, se propiciaría que los usuarios incurran en conductas dolosas pues los prestadores sólo podrían recuperar consumos hasta por cinco (5) meses siguientes a la expedición de la factura de acuerdo con el artículo 150 de la Ley 142 de 1994. A su turno, esto generaría una redistribución de ingresos a favor de los usuarios dolosos. Esto es contrario a los principios de eficiencia y redistribución del ingreso que orientan al régimen de servicios públicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Oficina Asesora de Jurídica, rechazará la interpretación recién expuesta y en su lugar concluirá que, siempre que se compruebe dolo de suscriptor o usuario no será aplicable el término de cinco (5) meses del artículo 150 de la Ley 142 de 1994. Así, en los casos recién comentados, el término que gobierna es el previsto en el inciso segundo del artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

De lo anterior se desprende que una actuación empresarial que tenga por objeto lograr un cobro inoportuno puede iniciar en los términos del inciso primero del artículo 150 de la Ley 142 de 1994 y culminar en el inciso segundo del citado artículo 150. Sin embargo, no es imperativo que ello siempre sea así. Específicamente, los casos de dolo de usuario o suscriptor no necesariamente implican desviaciones significativas, igual que no toda desviación significativa implica dolo de suscriptor o usuario.

En este punto es importante resaltar que el artículo 150 previamente transcrito, constituye una limitante temporal para el prestador en cuanto al cobro de consumos que no pudo facturar en la oportunidad correspondiente.

Así, la prescripción para el cobro a través de la factura de bienes o servicios en un determinado periodo, se cuenta a partir del momento en que se entrega la factura de dicho periodo al usuario.

El artículo 150 establece taxativamente tres casos en los cuales opera la limitante, así como un evento exceptivo:

- (i) Error del prestador
- (ii) Omisión del prestador

(iii) Consumos determinados con ocasión de una investigación por desviaciones significativas artículo 149 LSPD)

(iv) Excepción: Comprobación del dolo de usuario

Es de recordar nuevamente que la Ley 142 en su artículo 150, impone que a menos que se compruebe el dolo del usuario, cuando la falta de facturación atienda a un error y omisión del prestador o una investigación por desviación significativa, solo pueden recuperarse dichos valores, hasta cinco meses después de que se entregó la factura en la cual debieron ser incluidos dichos valores."

En resumen, se puede concluir que, si bien no existe un plazo legal para adelantar las investigaciones por desviaciones significativas, los prestadores del servicio público domiciliario deben respetar el límite temporal impuesto en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994 para cobrar aquellos bienes y servicios que no fueron facturados, por error, omisión o desviación significativa.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se presentan las siguientes conclusiones:

- De acuerdo con el artículo 149 de la Ley 142 de 1994, a partir del periodo de facturación, es posible concluir que previo a la preparación de la factura de cobro del servicio de cada período, debe investigar las desviaciones significativas entre el consumo registrado del suscriptor o usuario, para establecer los aumentos o reducciones en los consumos que, comparados con los promedios de los últimos tres períodos, si la facturación es bimestral, o de los últimos seis períodos si la facturación es mensual, sean mayores a los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato.

- El régimen de servicios públicos domiciliarios no establece un procedimiento para adelantar las investigaciones por desviaciones significativas; por lo tanto, serán los prestadores los encargados de definirlo en las condiciones uniformes del contrato de servicios públicos, el cual, en todo caso, deberá ser aplicado respetando el debido proceso de los usuarios y/o suscriptores y el límite temporal del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, para el cobro de los consumos que no se pudieron facturar, por error, omisión o desviaciones significativas.

- De conformidad con los artículos 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994, dispone que el cobro por la no facturación de bienes o servicios por error y/u omisión del prestador en el proceso de facturación, o por investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores, no pueden ser cobrados si han transcurrido más de cinco (5) meses desde la entrega de la factura; a excepción de cuando la no facturación de los bienes o servicios haya ocurrido por dolo comprobado del suscriptor o usuario.

- Por último, es pertinente reiterar que no existe un plazo legal para adelantar las investigaciones por desviaciones significativas, sin embargo, los prestadores del servicio público domiciliario deben respetar el límite temporal impuesto en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994 para cobrar aquellos bienes y servicios que no fueron facturados, por error, omisión o desviación significativa

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <https://www.superservicios.gov.co/Normativa/Compilacion-juridica-del-sector>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente

FREDY RAÚL SILVA GÓMEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

NOTAS AL FINAL:

1. Radicado 20225294721952

TEMA: DESVIACIONES SIGNIFICATIVAS

Subtemas: Procedimiento - Facturación

2. "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios".
3. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
4. "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."
5. "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."
6. "Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones".
7. Por la cual se compila la regulación general de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, y se derogan unas disposiciones.
8. Demanda de nulidad contra la expresión "los porcentajes que fijen las empresas en las condiciones uniformes del contrato". Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente No. 11001-03-24-000-2020-00058-00. Decreta la SUSPENSIÓN PROVISIONAL de la expresión demandada, mediante Auto de 05/04/2021, Consejero Ponente Dr. Oswaldo Giraldo López.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.