



CONCEPTO 617 DE 2015

(17 septiembre)

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Ref. Su solicitud de concepto (1)

Respetadas señoras Montoya.

Se basa el objeto de estudio en atender la siguiente consulta:

La empresa CODENSA puede cobrar mediante un pliego de cargos consumos dejados de facturar de más de seis periodos de antigüedad.

Es cierto que si no se contesta el pliego de cargos que cobra recuperación de energía por parte de CODENSA; ya no se puede ejercer el derecho de defensa, a la contradicción contra la factura que cobra dicha RECUPERACIÓN.

Podría el usuario ejercer el derecho a la defensa contra la factura que cobra la recuperación de energía, no habiendo contestado el pliego de cargos.

De acuerdo a la sentencia T 218 de 2.007 “...Además tal cobro de recuperación de energía se realiza por medio de una factura adicional contra la cual puede interponer el usuario los recursos de la vías gubernativa”. Se puede acudir a esta sentencia para ejercer el derecho a la defensa contra la factura? No habiendo contestado el pliego de cargos.

Antes de cualquier pronunciamiento sobre el particular, es preciso señalar que el presente documento se formula con el alcance previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el Artículo 1, de la Ley 1755 de 2015, toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista que no comprometen o responsabilizan a la Entidad, pues no tienen carácter obligatorio ni vinculante.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el párrafo primero (2) del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, (3) modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001 (4) esta Superintendencia no puede exigir, en ningún caso, que los actos o contratos de una empresa de servicios públicos se sometan a aprobación previa suya.

Lo anterior podría configurar extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración a sus vigiladas.

Ahora bien, en orden a atender su consulta conviene exponer las siguientes consideraciones:

Garantía al Debido Proceso en recuperación de consumos dejados de facturar.

El cobro de la energía dejada de facturar no es un procedimiento autónomo e independiente, sino que surge como consecuencia del ejercicio de las prerrogativas previstas en los Artículos 140 y 141 de la Ley 142 de 1994, por haberse comprobado un incumplimiento contractual ocasionado por el suscriptor o usuario, o en desarrollo de la obligación de investigar una desviación significativa, como lo dispone el artículo 149 ibídem.

Ahora bien, tanto la suspensión, como el corte, al igual que el cobro de consumos dejados de facturar y la misma investigación previa, son actuaciones que deben

adelantarse respetando el debido proceso de conformidad con el Artículo 29 de la Constitución Política y lo previsto en la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes.

En ese sentido, el debido proceso se garantiza cuando se le indica al usuario, en el caso de servicios públicos domiciliarios, los medios de prueba que proceden en cada actuación; cuando se determinan los plazos y términos dentro de los cuales podrá actuar el usuario para ejercer su defensa; cuando se motivan todos los actos que afecten a particulares; cuando se le da a conocer el usuario la metodología de determinación del consumo dejado de facturar; y, cuando se precisan las formas de notificación con indicación de los recursos.

En consecuencia, en los eventos de la determinación de consumos dejados de facturar, debe garantizarse al usuario el derecho de defensa incluso desde antes de que se incluya el precio dentro de la respectiva factura, esto es, desde cuando la empresa da inicio a la investigación para determinar la causa que impidió la medición de los consumos.

No puede entonces entenderse garantizado el debido proceso, defensa y contradicción, con la sola expedición de una factura por consumos dejados de facturar y la posibilidad de que el usuario haga uso de los recursos de vía gubernativa y posteriormente acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que previo a esto el usuario debe tener el derecho de interactuar frente a cada uno de los elementos probatorios y de conocer las razones tanto fácticas, como técnicas y jurídicas por las que se le imputa el pago de unos consumos dejados de facturar.

Ahora bien, no existe en el régimen de servicios públicos, la Ley 143 de 1994, ni la regulación vigente, un procedimiento o trámite expresamente definido para efectos de establecer la existencia, cantidades y forma de cobro de la energía consumida por un usuario y que no ha sido objeto de facturación y no corresponde a esta Superintendencia establecer dicho procedimiento, ni indicar qué clase de actos o decisiones deben ser proferidas, y mucho menos el orden en que ello debe ocurrir.

No obstante, dentro del procedimiento de investigación de la anomalía que dará origen al cobro de los consumos dejados de facturar debe garantizarse (i) el derecho de defensa del usuario en todas las acciones que despliegue la empresa, (ii) que la decisión que culmine el proceso y conlleve a determinar a cuanto asciende el consumo no facturado este debidamente motivada y que se encuentra igualmente explicada la

metodología a aplicar para la determinación del consumo consumido y no facturado, (iii) el conocimiento y ejercicio de su defensa frente a los medios de prueba que serán utilizados por cada una de las partes, (iv) las formas de notificación con indicación de los recursos, y (v) el ejercicio mismo de los recursos

Todo lo anterior, con el objetivo de realizar una actuación administrativa por parte de la empresa en donde al usuario se le respete y en consecuencia, pueda ejercer, su derecho a la defensa antes, durante y después de la expedición y cobro de la factura en que se recuperan los consumos.

En consecuencia, procede señalar que la garantía al debido proceso que de acuerdo con la Corte Constitucional en los fallos previamente citados, debe mantenerse durante toda la actuación de definición de la existencia y determinación del consumo que existió pero no fue facturado y que no se materializa simplemente con la expedición de la factura y la posibilidad de sus recursos, puede plantearse como la obligación del prestador de definir en su contrato de condiciones uniformes, un procedimiento de investigación de las causas y existencia de un consumo no registrado, efectivamente tomado por el usuario y que debe ser facturado, dentro del cual se garantice la completa interacción del usuario en cada una de las etapas que se ejecuten, de acuerdo con las previsiones legales, técnicas, reglamentarias y regulatorias existentes. No se trata entonces, a manera de ejemplo, de que el usuario deba tener derecho a ingresar al laboratorio a vigilar como se ejecuta la prueba, pero sí debe conocer el protocolo de revisión, la forma y el término en que puede interactuar con dicha prueba desde su inicio con el retiro del medidor, su ejecución y su resultado en orden a impugnarla.

Lo mismo se predica de cada actuación y prueba a realizar que el prestador involucre en el procedimiento de investigación de ECDF, pues cada prueba, dependiendo de su naturaleza, documental, testimonial, pericial, etc., tiene su propia formalidad en el Código General del Proceso, de acuerdo con la cual, las partes tienen derecho a interactuar y controvertir, y el prestador debe garantizar en cada caso, que el usuario tenga pleno acceso a ese derecho y a cada oportunidad de contradicción y de defensa.

En ese escenario, cuando el prestador expida el acto de facturación, el usuario habrá estado presente en toda la actuación que le dio origen, conocerá el acervo probatorio y habrá ejercido su derecho de contradicción y defensa, sin perjuicio además de presentar reclamación e interponer los recursos contra dicha factura, y de la posibilidad de solicitar también en dichas instancias, las pruebas que aún considere necesarias.

De acuerdo con lo expuesto, ni la ley de servicios públicos, ni la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ni la doctrina de esta Superintendencia, imponen a los prestadores surtir un trámite procedimental expreso para el cobro de ECDF, sino que, de manera más restrictiva aún, le imponen la obligación de garantizar en todo momento, el derecho de contradicción y de defensa de los usuarios como presupuesto de un debido proceso que ellos mismos están llamados a establecer en su contrato con los usuarios.

En otras palabras, no cobra real importancia si el prestador decide establecer en su contrato el adelantar un procedimiento en el cual, antes de expedir la factura, toma una decisión empresarial que somete a recursos del usuario, para luego sí proceder a la expedición de la factura, que en todo caso puede ser reclamada, así como recurrida la decisión que resulta de ello; o si por el contrario, adelanta un procedimiento al final del cual expide la factura para que ésta sea reclamada y eventualmente, recurrida en doble instancia y sometida al control de legalidad de esta Superintendencia la decisión consecuente; pues lo realmente relevante, se erige sobre la base de que TODO el procedimiento, TODA actividad desplegada, debe propender y garantizar que el usuario tenga el derecho y la oportunidad de controvertir y ejercer su defensa, incluso, el contenido mismo de la factura, sus requisitos y sus anexos.

En efecto, para hacer efectivo el derecho constitucional al debido proceso es necesario que en los contratos de servicios públicos exista un acápite que regule estos procedimientos, así como la forma de determinar con claridad los consumos dejados de facturar. Sobre este aspecto la Corte Constitucional⁷ ha señalado que en el caso de cobros por consumos no facturados se deberá, dentro de la decisión que tome la empresa, señalar claramente los fundamentos jurídicos y técnicos, así como la fórmula utilizada para el cálculo, tal y como se cita:

No obstante lo anterior, si dentro de dichas decisiones se habían incluido cobros por concepto de servicio consumido y no facturado, las empresas podrán efectuar las reliquidaciones a que haya lugar única y exclusivamente por este concepto, para lo cual deberán poner en conocimiento de los usuarios los fundamentos técnicos y jurídicos de la decisión, así como la fórmula utilizada para calcular el valor correspondiente y el cálculo del mismo, con la advertencia de que no podrán incluir, por ningún motivo, cobros a título de sanciones de contenido pecuniario.

En dichas liquidaciones las empresas no podrán incluir el cobro de intereses de mora sobre las sumas que se adeuden por concepto de servicio consumido y dejado de facturar.

Cabe advertir que las empresas que prestan el servicio de energía eléctrica, no pueden fundamentar esos cobros en el Artículo 54 de la Resolución CREG 108 de 1997, pues dicha norma fue declarada nula por el Consejo de Estado.

Finalmente y como ya se refirió, si en un caso concreto el suscriptor o usuario considera que la empresa realiza cobros adicionales a los que están autorizados en la Ley, se encuentra en el derecho de seguir el procedimiento establecido en los artículos 152 a 158 de la Ley 142 de 1992, a fin de presentar la reclamación correspondiente, relativa a la facturación del servicio, ante la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, reclamación que debe ser allegada a la empresa en primera instancia y en forma individual.

Igualmente, conforme lo señala el artículo 154 de la citada Ley, contra el acto que decida las reclamaciones por facturación, procede el recurso de reposición ante la misma empresa, dentro de los 5 días siguientes al conocimiento de la decisión, sin que en ningún caso procedan reclamaciones contra facturas con más de 5 meses de haber sido expedidas; también procede el recurso de apelación el cual se presenta como subsidiario del de reposición y que es resuelto por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En esa medida, se concreta por parte del prestador la garantía del debido proceso en recuperación de consumos dejados de facturar cuando desde el inicio de la actuación, esto es, desde la visita de inspección, se le brinda al usuario la oportunidad de participar activamente dentro del trámite pudiendo ejercer su derecho de defensa frente a cada una de las acciones que realice la empresa y más aún en las que tienen connotaciones probatorias en las cuales, como se señaló a lo largo del presente documento, se deberá dar a conocer al usuario los hallazgos encontrados y el laboratorio donde se va a realizar el dictamen, entre otros aspectos.

En conclusión, el pliego de cargos que se expida por parte del prestador dentro de una actuación por recuperación de energía consumida y dejada de facturar, solo es una de las muchas oportunidades que debe ofrecer la empresa al usuario para ejercer su derecho de contradicción y de defensa.

Así, es de advertir que el procedimiento que haya establecido el prestador para la determinación del consumo a recuperar no puede oponerse al derecho del usuario a ejercer su derecho de defensa pero en adición, deberá garantizarse que contra el acto administrativo que se expida o la factura contentiva del valor a recuperar, procedan las reclamaciones y recursos que la Ley 142 de 1994 ha contemplado.

Fundamentos legales para el cobro de la energía dejada de facturar

Como lo ha reconocido la Corte Constitucional³, el fundamento legal de las empresas de servicios públicos para adelantar las actuaciones tendientes a cobrar los consumos dejados de facturar, se encuentra en los Artículos 146, 149 y 150 de la ley 142 de 1994, que señalan de manera general lo siguiente:

El artículo 146 refiere:

"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.

(...) 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. (...)". (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 149 dispone:

"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."
(Subrayas y negrillas fuera de texto).

Finalmente, el artículo 150 establece:

"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 Resolución 108 de 1997 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, prescribe lo siguiente:

"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. (...)"

Cómo determinar cuál es el consumo que debe cobrarse?

Al respecto, es de advertir que, dado que el consumo irregular o que no pudo ser evidenciado, tiene tal naturaleza precisamente por virtud de no haber podido ser registrado por el equipo de medida, su determinación para ser recuperado, procede como lo dispone el inciso segundo del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, esto es: (i) según lo dispongan los contratos uniformes, (ii) por promedio de los últimos consumos del mismo suscriptor, (iii) por promedio de suscriptores similares o (iv) por aforos individuales.

De tal suerte, el prestador puede haber establecido en el contrato de condiciones uniformes con sus usuarios, la metodología o fórmula que aplicará en estos casos.

En efecto, en la actualidad, en materia de recuperación de energía dejada de facturar, no existe una metodología regulatoria que permita determinar el consumo no facturado y por ende su valor.

Era común que los contratos de condiciones uniformes se remitieran a la metodología trazada por la CREG en el artículo 54 de la resolución CREG 108 de 1997. No obstante, dicha norma es hoy en día inaplicable en razón a que el Consejo de Estado la declaró nula en sentencia del 30 de Julio de 2008.

Ahora bien, a pesar de que el regulador no ha establecido expresamente una metodología, tenemos que de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia en la Sentencia SU -1010/08, la misma podría fijarse por las empresas dentro de los contratos de condiciones uniformes, atendiendo aspectos que previamente han sido citados, esto es el respeto por el debido proceso y la aplicación de lo señalado en ellos artículo 146, 149 y 150 de la Ley 142 de 1994.

De otra parte, el prestador también puede establecer el consumo a recuperar, determinando el promedio de consumo del usuario en los últimos meses, o el promedio de usuarios similares.

Por último, el prestador podría efectuar un aforo de consumo, esto es, verificar los electrodomésticos, equipos, máquinas, etc., que el usuario tiene en el inmueble y calcular lo que deberían consumir en un mes ordinariamente, y establecer así lo que debió ser el consumo total del usuario en el mes que se va a recuperar.

Cuál es el término para adelantar la recuperación de consumos?

De la normatividad expuesta en este numeral 2, se colige que la Ley 142 de 1994 contempla que la falta de medición del consumo puede deberse a:

Causas atribuibles al prestador, caso en el cual pierde el derecho a cobrar el precio, (inciso cuarto, Art. 146 L.142/94);

Causas atribuibles al usuario, caso en el cual, el prestador está facultado para suspender el servicio o terminar el contrato y recuperar los consumos (inciso cuarto, Art. 146 L.142/94), y si comprueba el dolo de dicho usuario, sin limitación temporal retroactiva para su cobro, (Inciso final, Art. 150 L.142/94) y,

Causas no atribuibles ni al prestador ni al usuario y que se identifican a través de una investigación por desviación significativa, caso en el cual, el prestador cuenta con cinco (5) meses, a partir de la fecha en que se entregó la factura del mes en que se generaron los consumos que ahora se van a recuperar, para cobrar esos consumos recuperados a través de una nueva factura, (Art. 150 L.142/94).

En este punto es de resaltar, de acuerdo con el texto transcrito anteriormente del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, que la prescripción para el cobro 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.

Así las cosas, y a manera de ejemplo, si la empresa en el día 1° de diciembre evidencia, como resultado de una investigación de desviaciones o un trámite de energía consumida dejada de facturar, o simplemente advierte, que se dejó de incluir un determinado cobro en la factura correspondiente al mes de abril, la cual entregó al usuario el 2° de mayo, es evidente que a dicha fecha, ya ha operado el término establecido en el artículo 150 de cinco meses y ya no podría cobrarlo.

Si en la misma fecha evidenciara que el cobro debió hacerse para el periodo del mes de agosto, claramente aún puede cobrarlo pues no han transcurrido cinco meses desde que entregó la factura correspondiente a dicho periodo.

Ahora bien, si en el marco de una investigación por energía consumida y dejada de facturar, le toma al prestador más de cinco meses a partir del momento en que entregó la factura, evidenciar y/o determinar la procedencia del cobro de dicha energía consumida y dejada de facturar para el periodo de la factura, ya no podrá efectuarlo, tal como se planteó en los ejemplos ofrecidos anteriormente.

En complemento es de aclarar, que el artículo 150 habla de “cobros” lo cuales por definición y por ley, se efectúan mediante la expedición de un acto de facturación, de tal suerte, que los cinco meses involucrarán cualquier procedimiento que el prestador haya establecido en orden a determinar la procedencia del cobro así como la expedición del acto que procede para materializar dicho cobro, esto es, que si al cabo de los cinco meses de haber entregado la factura del periodo en el que se causaron consumos no facturados, sin que el prestador haya procedido a expedir una nueva factura cobrando dicha energía consumida y dejada de facturar en tal oportunidad, ya no podrá exigir dicho pago.

Por supuesto, un acto de facturación por energía consumida y dejada de facturar, expedida con posterioridad al término de los cinco meses del artículo 150, se considerará como bien lo define dicha norma, como un cobro inoportuno, el cual será susceptible de las reclamaciones y los recursos establecidos en la Ley 142 de 1994, así como de las acciones jurisdiccionales que sean procedentes.

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://basedoc.superservicios.gov.co>. Ahí encontrará normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, en particular los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente.

MARÍA EUGENIA SIERRA BOTERO

Jefe Oficina Asesora Jurídica (A)

Proyectó: LM PADILLA & ASOCIADOS S.A.S – Contratista Oficina Asesora Jurídica.

NOTAS AL FINAL:

1. Radicado SSPD 20155290422952 y 20155200455272.

Tema: Derecho de defensa en procesos de recuperación de ECDF

2. PARÁGRAFO 1o. En ningún caso, el Superintendente podrá exigir que ningún acto o contrato de una empresa de servicios públicos se someta a aprobación previa suya. El Superintendente podrá, pero no está obligado, visitar las empresas sometidas a su vigilancia, o pedirles informaciones, sino cuando haya un motivo especial que lo amerite.

3. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

4. Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994.

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